

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID - UAM  
DOCTORADO EN DERECHOS FUNDAMENTALES

LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL EN  
ALGUNOS CASOS DE LIBERTAD RELIGIOSA DEL SISTEMA DE  
PROTECCIÓN JUDICIAL DEL CONSEJO DE EUROPA

TUTOR: PROF. DR. D. ISIDORO MARTIN SÁNCHEZ

DOCTORANDO: ANDREW PATRÍCIO CAVALCANTI

MADRID  
2009

ANDREW PATRÍCIO CAVALCANTI

LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL EN  
ALGUNOS CASOS DE LIBERTAD RELIGIOSA DEL SISTEMA DE  
PROTECCIÓN JUDICIAL DEL CONSEJO DE EUROPA

Tesis presentada como criterio de  
evaluación parcial para la  
obtención del diploma de Doctor  
en Derechos Fundamentales de la  
Universidad Autónoma de Madrid  
– UAM.

MADRID  
2009

*"La patria no subsiste sin libertad, tampoco subsiste la libertad sin la virtud, y la virtud no existe sin los ciudadanos (...)."*

(Rousseau)

*"Es errado demandar que el individuo se subordine a la colectividad o se disuelva en ella, porque es por medio de los individuos (...) que la colectividad progresa y ellos pueden realmente avanzar si son libres. El individuo es, ciertamente, la clave del movimiento evolutivo".*

(Sri Aurobindo)

## SUMARIO

ABREVIACIONES.....	15
AGRADECIMIENTOS.....	18
INTRODUCCIÓN.....	20
I. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA DEL CONSEJO DE EUROPA.....	29
1.1. Las raíces ideológicas y filosóficas de la libertad religiosa.....	29
1.2. La formación histórica del derecho de libertad religiosa.....	45

1.3. El proceso de universalización de los derechos fundamentales, relativismo cultural y la libertad religiosa como prerrogativa indivisible, inderogable y universal.....	61
1.4. El proceso de internacionalización de los derechos humanos y el sistema de protección del Consejo de Europa.....	72
1.5. El sistema del Consejo de Europa: La protección normativa.....	77
1.6. El sistema del Consejo de Europa: La protección judicial.....	83
1.7. El margen de apreciación estatal en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	91
 II. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL.....	105
 2.1. La doctrina del margen de apreciación estatal y sus peligros.....	105
2.2. La doctrina del margen de apreciación estatal en el sistema del Consejo de Europa.....	130
2.3. La doctrina del margen de apreciación estatal en el Comité de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derecho Humanos ¿Un posible	

ejemplo para el sistema del Consejo de Europa?.....	135
---	-----

2.3.1. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la protección de derechos fundamentales durante los estados de excepción.....	135
---	-----

2.3.2. El sistema interamericano: protección normativa y judicial.....	150
--	-----

2.3.3. El sistema interamericano y el listado de derechos que no admiten derogación/supresión.....	160
--	-----

III. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL EN ALGUNOS CASOS DE LIBERTAD RELIGIOSA DEL TRIBUNAL DE Estrasburgo.....	176
--	-----

3.1. Libertad Religiosa: Significado.....	178
---	-----

3.1.1. Sentencia Campbell y Cosan c. Reino Unido: Hechos.....	178
---	-----

3.1.1.1. El Margen de apreciación estatal y las convicciones filosóficas de los padres.....	180
3.2. Libertad Religiosa: Manifestaciones.....	189
3.2.1. El caso Giniewski contra Francia: Hechos.....	189
3.2.1.1. El contexto histórico.....	191
3.2.1.2. La doctrina del margen de apreciación y el caso Giniewski contra Francia.....	197
3.2.2. El caso Paturel contra Francia: Hechos.....	204
3.2.2.1. La doctrina del margen de apreciación estatal y el caso Paturel contra Francia.....	207
3.2.3. Caso Kokkinakis contra Grecia: Hechos.....	213
3.2.3.1. El Margen de Apreciación plasmado en la injerencia del estado griego.....	216
3.3. Libertad Religiosa: Límites.....	221

3.3.1. El caso <i>Otto Preminger-Institut c. Austria</i> : Análisis de los Hechos.....	221
3.3.1.1. El caso <i>Otto Preminger-Institut c. Austria</i> y la doctrina del margen de apreciación estatal.....	224
3.3.2. El caso Wingrove contra Reino Unido: Hechos.....	236
3.3.2.1. El caso Wingrove contra Reino Unido y la doctrina del margen de apreciación estatal.....	240
3.4. Libertad Religiosa y Libertad de Reunión y Manifestación.....	246
3.4.1. El caso <i>Plattform Ärzte für das Leben contra Austria</i> : Hechos....	246
3.4.1.1. La doctrina del margen de apreciación estatal en el caso <i>Plattform Ärzte für das Leben contra Austria</i> .....	249
3.5. Libertad Religiosa y Principio de Igualdad.....	256
3.5.1. Caso Tinnelly contra Reino Unido: Hechos.....	256



3.5.1.1. Margen de Apreciación y el caso Tinnelly: ¿fue la injerencia estatal a través del Ministro para Irlanda del Norte legítima?.....	260
3.6. Libertad Religiosa, Principio de igualdad y Discriminación.....	266
3.6.1. El Caso Smith y Grady contra Reino Unido: Hechos.....	266
3.6.1.1. Margen de Apreciación Estatal y Discriminación.....	270
3.7. Libertad Religiosa y Sacrificio de Animales.....	278
3.7.1. El caso Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia: Hechos.....	278
3.7.1.1. El caso Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia y margen de apreciación plasmado en la injerencia del gobierno francés.....	283

3.8. Libertad Religiosa y el Uso de Símbolos Religiosos.....	296
3.8.1. El caso Leyla Sahin contra Turquía: Hechos.....	296
3.8.1.1. El caso Leyla Sahin y la injerencia estatal basada en la doctrina del margen de apreciación estatal.....	298
3.8.2. Caso Kervanci contra Francia: Hechos.....	309
3.8.2.1. Margen de apreciación y la injerencia estatal en el uso de símbolos religiosos en escuelas públicas francesas.....	311
3.8.2.2. El ejemplo francés frente al ejemplo turco en el contexto de la Libertad Religiosa y Laicidad Estatal - Análisis histórico-evolutivo.....	314
3.8.3. El caso Karaduman y Tandogan c. Turquía: Hechos.....	329
3.8.3.1. El caso Karaduman contra Turquía y la doctrina del margen de apreciación estatal.....	332
3.9. Libertad Religiosa y Objeción de conciencia.....	341

3.9.1. Caso Buscarini y otros c. San Marino de 18 de febrero de 1999:	
Hechos.....	341
3.9.1.1. El caso Buscarini y la injerencia estatal al obstaculizar la objeción de conciencia al juramento.....	344
3.9.2. Caso Efstratiou c. Grecia de 27 de noviembre de 1996:	
Hechos.....	351
3.9.2.1. Objeción de conciencia a la práctica de manifestaciones que tengan connotaciones militares y el margen de apreciación estatal plasmado en la obligación de participar en el desfile escolar.....	354
3.10. Libertad Religiosa y Confesiones religiosas (derecho a obtener la personalidad jurídica).....	359
3.10.1. Caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú:	
Hechos.....	359
3.10.1.1. El margen de apreciación estatal del gobierno ruso en el caso de la Iglesia de la Cienciología.....	364

3.11. Libertad Religiosa y Confesiones religiosas (autonomía de las confesiones).....	369
3.11.1. Caso Serif c. Grecia: Hechos.....	369
3.11.1.1. El margen de apreciación estatal del estado griego en la autonomía de las confesiones religiosas.....	372
3.12. Libertad Religiosa, Confesiones Religiosas y Derecho de Propiedad.....	376
3.12.1. El Caso Los Santos Monasterios contra Grécia: Hechos.....	376
3.12.1.1. El Derecho Fundamental a la Propiedad y su Limitación a través de la injerencia del Estado griego - basada en la doctrina del Margen de Apreciación - en el caso Los Santos Monasterios contra Grécia.....	379
3.13. Libertad Religiosa y Libertad de Enseñanza.....	391
3.13.1. El caso Handyside c. Reino Unido: Hechos.....	391

3.13.1.1. Libertad Religiosa y Libertad de Expresión en el caso Handyside.....	395
3.13.1.2. La doctrina del 'margen de apreciación' y el caso Handyside.....	410
3.13.2. El caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido: Hechos.....	421
3.13.2.1. El margen de apreciación estatal en el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido.....	425
3.14. Libertad Religiosa, Patria Potestad y Educación Religiosa de los Hijos.....	431
3.14.1. Caso Lena y Anna Angelini contra Suécia: Hechos.....	431
3.14.1.1. El margen de apreciación estatal en la injerencia del Estado sueco al obligar la hija de la demandante a frecuentar clases religiosas.....	433
3.14.2. Sentencia Folgero y otros c. Noruega de 20 de junio de 2007: Hechos.....	438

3.14.2.1. El caso Folgero y otros c. Noruega y el margen de apreciación estatal noruego.....	440
CONCLUSIONES.....	444
BIBLIOGRAFÍA.....	462
ANEXO I – Esquema-Resumen del Funcionamiento del Sistema Europeo de Derechos Humanos hasta 1998.....	492
ANEXO II – Esquema-Resumen del Funcionamiento del Sistema de Peticiones Individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	493
ANEXO III - Artículo <i>Las tinieblas del error a propósito de la encíclica papal Esplendor de la verdad</i> .....	494
ANEXO IV – Cuadro-Resumen de las características específicas de la enseñanza de religión en las escuelas de Europa.....	496

## **ABREVIACIONES**

ACIP – Asociación Consistorial Israelita de París

AI – Amnistía Internacional

CADH – Convención Americana de Derechos Humanos

CDH – Comité de Derechos Humanos

CE – Consejo de Europa

CEDH – Convenio Europeo de Derechos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CONUDH – Comisión de la Organización de las Naciones Unidas sobre los  
Derechos del Hombre

DIDH – Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DIP – Derecho Internacional Público

GA – Asamblea General de las Naciones Unidas

ICJ – Corte Internacional de Justicia

ICCPR – Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos

ICESR – Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

NIE – *Northern Ireland Electricity Services*

ODEP – Oficina de Administración de los Bienes de la Iglesia

OEA – Organización de los Estados Americanos

ONU – Organización de las Naciones Unidas

OMS – Organización Mundial de la Salud

OPI – *Otto Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung*

RAF – Royal Air Force

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UNADFI – Unión Nacional de Asociaciones para la Defensa de la Familia y del Individuo



*Para Dios, mi familia y amigos,  
por el amor, apoyo y comprensión.*

## AGRADECIMIENTOS

A Dios, que se hizo hombre y se ofreció como sacrificio vivo, como prueba de un amor paciente, bondadoso, no envidioso, ni jactancioso, ni orgulloso, que no se comporta con rudeza, no es egoísta, no se enoja fácilmente, no guarda rencor. Un amor que no se deleita en la maldad sino que se regocija con la verdad y que todo lo disculpa, todo lo cree, todo lo espera, todo lo soporta (1 Corintios 13:4-7). Gracias por la verdadera justicia.

A mi madre, por ser siempre un ejemplo. Gracias por todo, por el altruismo, gracias por inculcar en mi mente el amor al prójimo y la buena fe para siempre ayudar a las personas, con igualdad.

A mi padre. Gracias por creer en mis talentos, antes de que el sueño pudiera hacerse realidad.

A mi hermana, tan ocupada ayudando a la gente en el área de la salud, gracias por las sonrisas, por el apoyo, por ser tan humana.

A la Universidad de Oslo, por el conocimiento adquirido en mi Máster en *Derecho Internacional Público*, imprescindible para el presente trabajo.

A Bente Kraabøl, de la Universidad de Oslo, por su dedicación en ayudarme. Un ejemplo de profesional y de ser humano.

Al Centro Noruego de Derechos Humanos, por las preciadas fuentes bibliográficas y por las maravillosas tardes de estudio.

A la *Florida International University*, por ofrecerme una biblioteca excelente y subsidios valiosos para el presente trabajo.

A la Universidad Autónoma de Madrid, por la beca concedida, y por una educación superior excelente.

Al estimado prof. Dr. Isidoro Martín Sánchez, por sus valiosas lecciones relativas a la libertad religiosa. Sus clases en el Doctorado fueron una inspiración para el presente trabajo, su paciencia fue siempre imprescindible en todo el procedimiento de producción académica. Un profesional excepcional, verdadera autoridad en Derecho Canónico y Libertad Religiosa en España y Europa.

Al prof. Dr. Enrique Peñaranda, por las clases tan valiosas y por la comprensión. Muchas gracias.

A Carmelina, por su apoyo desde el inicio de mi doctorado. Parte importante de mi lucha, un verdadero ángel, gracias por el apoyo constante.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo académico analiza la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, teniendo en cuenta especialmente la prerrogativa fundamental de la libertad religiosa y la doctrina del margen de apreciación.

Es importante decir que la libertad religiosa es el derecho de todos los seres humanos, de todas las regiones y las culturas, de *seguir los dictados de su conciencia en materia de la verdad fundamental*, el culto y la moral, dentro de los límites debidos que acogen las normas y principios de derecho internacional y derechos humanos (tales como los límites legales para proteger la seguridad pública o la *salud pública*).

Además, es primordial señalar que ello incluye el derecho de manifestar su religión - v.g. a través del uso de símbolos religiosos - o creencia - como manifestación de su ideología a través de la libertad de expresión o conciencia como objeción de conciencia al juramento o a vestir uniforme militar, bien sea individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

Esta es una definición que proviene del Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup>.

En cuanto a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, su artículo 9 protege la libertad religiosa aunque no la convierte en un derecho absoluto.

En efecto, el Estado le puede poner límites con la triple condición de que esta injerencia esté contemplada por ley, que corresponda a un fin legítimo y que sea necesaria en una sociedad democrática.

En el presente trabajo el problema de la restricción de derechos fundamentales, plasmado en la doctrina del margen de apreciación del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es analizado con el deliberado propósito de impedir su invocación abusiva por los Estados.

La conveniencia por parte del Tribunal de Estrasburgo en conjugar las garantías contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos llevándose en consideración las peculiaridades propias de cada ordenamiento estatal ha dado lugar a la “doctrina del margen de apreciación”, que viene afectando, sobre todo últimamente, de manera muy directa, entre otras, a la

---

<sup>1</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

consideración de las libertades de expresión, pensamiento, conciencia y religión.

La preocupación no es casual, puesto que, en tiempos de crisis financiera mundial, no solo los países en desarrollo suelen transitar por largos períodos de crisis políticas y económicas, con lo que los derechos se verían lícitamente suspendidos *sine die*, convirtiendo a los tratados en un mero catálogo de ilusiones, como alguna vez se tachó a los derechos sociales.

De hecho, el tema reviste suma importancia, pues en la inmensa mayoría de los casos, la existencia de situaciones de emergencia va acompañada de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.

En ese contexto, la Corte europea ha sido llamada a tratar cuestiones que conciernen a la laicidad. El enfoque de la corte se fundamenta en un reconocimiento de las tradiciones de cada país, sin buscar imponer un modelo uniforme de relaciones entre iglesia y estado.

En la fallo de *Cha'are Shalom ve Tsedek contra Francia* del 27 de junio del 2000, analizado por el presente trabajo, la corte ha recurrido a una formula de prudencia: “en vistas al margen de apreciación que es necesario dejar a cada estado, especialmente en lo que concierne al establecimiento de delicadas relaciones entre las iglesias y el estado”.

El aspecto político concerniente a cada país miembro de la UE es muy representativo en ese contexto.

El gobierno turco, por ejemplo, en 2003 (prácticamente en los días del fallo *Leyla Sahin c. Turquía*, también analizado en el presente trabajo) había prohibido el partido islámico Refah y el tribunal constitucional de Turquía consideró que el proyecto político de Refah era un peligro para los derechos y libertades garantizados por la constitución turca, especialmente para la laicidad y el estado democrático de derecho, basado en principios y valores morales supremos, y que existían posibilidades reales de poner en aplicación el programa del partido si este accedía al poder.

La *Corte Europea de Derechos Humanos* constató que la laicidad tenía un lugar tan grande en la constitución del estado turco que admitía que el partido Refah podía ser disuelto sin que fuera violada la convención europea. Las jurisdicciones nacionales habían tomado en consideración el riesgo que ese partido representaba para la democracia.

A partir de este razonamiento, la corte europea ha dictado fallos sobre cuestiones de laicidad, en los cuales afirmó, *i.e.*, que la prohibición de llevar el velo (*hijab*) en el marco de una actividad de enseñanza primaria constituye una medida necesaria en una sociedad democrática y otorgo validez a la sanción disciplinaria dictada contra un militar dedicado al proselitismo religioso.

De todos modos, la doctrina jurisprudencial más minuciosa y exhaustiva en lo que a este derecho se refiere, afecta a su vertiente o dimensión religiosa, dada su mayor proyección pública, que provoca una más frecuente litigiosidad.

En la segunda parte del presente trabajo, será realizado un estudio sobre la doctrina del margen de apreciación estatal en algunas sentencias del TEDH, sin carácter exhaustivo, concerniente a diversos aspectos de la libertad religiosa.

De lo que se deriva, como sugiere la sentencia relativa al *Asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976 (analizada en apartado *infra*), la conveniencia de asegurar la neutralidad o laicidad del Estado, que, en ningún supuesto, debe creerse legitimado para imponer, ni el seguimiento de unas creencias concretas, ni su prohibición, debiendo limitarse a garantizar, objetivamente, la libertad, tanto individual como colectiva, correspondiente.

Por tanto, los poderes públicos habrán de reconocer el derecho a exteriorizar tales creencias o convicciones, a través de vías legítimas, a título personal o asociadamente, brindando, en este último caso, de requerírseles, a ese fin, tal y como señala la Sentencia resolutoria del *Asunto Iglesia Metropolitana de Besarabia contra Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001, el correspondiente reconocimiento jurídico, tanto de su autonomía interna, como



de su capacidad de libre actuación, en el marco del ordenamiento estatal vigente.

Al tiempo, habrán de garantizar, según entiende la Sentencia que pone fin al *Asunto Manoussakis contra Grecia*, de 26 de septiembre de 1996, el derecho que poseen las confesiones, y demás entidades a ellas vinculadas, a la prestación de la necesaria asistencia a sus fieles y a la utilización de lugares de culto y reunión; además de permitirles la práctica de la enseñanza y el proselitismo, siempre y cuando éste, tal y como subraya el Tribunal de Estrasburgo, en la resolución del *Asunto Larissis y otros contra Grecia*, de 24 de febrero de 1998, no afecte a otros derechos reconocidos, ni implique el uso de amenazas, coacciones o abusos, de cualquier índole.

En consecuencia, los límites al derecho en cuestión, dispuestos en el artículo 9.2 de la *Convención Europea de Defensa de los derechos Humanos y Libertades Fundamentales - CEDH*, habrán de interpretarse, en todo caso, restrictivamente, por lo que deberán resultar proporcionales, exigiéndose su oportuna previsión legal, la demostración de su carácter necesario en una sociedad democrática y la correspondiente valoración del carácter adecuado de sus fines legítimos. Eso significa que la injerencia debe ser proporcional para legitimar el objetivo que se persigue.

Aún así, la conveniencia de conjugar las garantías contempladas en el Convenio, con la atención a las peculiaridades propias de cada ordenamiento estatal, ha dado lugar a la *doctrina del margen de apreciación*, que viene afectando, sobre todo, últimamente, de manera muy directa, entre otras, a la consideración de las libertades de expresión, pensamiento, conciencia y religión.

La doctrina del margen de apreciación, que, en referencia particular a la libertad de creencias, fue expuesta, por vez primera, en la Sentencia relativa al *Asunto Kalaç contra Turquía*, de 1 de julio de 1997, ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a reconocer a las autoridades nacionales, dada su mayor proximidad a las necesidades sociales, una considerable capacidad para apreciar, en protección del interés público, la concurrencia de circunstancias que hacen necesario adoptar ciertas medidas restrictivas de las expresiones que puede alcanzar la libertad de referencia.

De este modo, en los últimos años, sobre todo, desde que, en aplicación de esta doctrina, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolviera, mediante Sentencia, el *Asunto Dahlab contra Suiza*, de 15 de febrero de 2001, ha estimado que la laicidad del Estado, proclamada como principio fundamental en las Constituciones de varios de los países firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puede erigirse, legítimamente, en freno específico a la

libre manifestación de las creencias en los espacios públicos, a fin de preservar la debida neutralidad de los mismos.

En la sentencia de *Karaduman contra Turquía* (otro caso analizado adelante) de mayo de 1993 la corte, tras haber comprobado la existencia de un centro de enseñanza privada paralelo al público, admitió la prohibición de portar signos religiosos en los establecimientos públicos de educación superior de Turquía basándose en la necesidad de proteger a las mujeres de la presión religiosa.

En efecto, la doctrina del margen de apreciación ha sido reiterada, más recientemente, en la resolución del caso “Leyla Sahin contra Turquía”, de 29 de junio de 2004 (analizado en apartado *infra*).

Analizar la libertad religiosa como prerrogativa fundamental, observar críticamente su protección normativa y judicial en el contexto del sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa, examinar si esta jurisprudencia también demuestra que la laicidad no es incompatible en si con la libertad religiosa, tal como la protege la CEDH, estudiar la doctrina del margen de apreciación estatal y su impacto en estos fallos, analizar la laicidad y el grado de injerencia estatal en el ámbito del privado, así como el modelo aplicado en otros sistemas de regionales de protección de los derechos fundamentales, como el sistema interamericano y su perspectiva basada en la

*precaución y proporcionalidad*, en fin, dar una mirada a la libertad religiosa y de creencia y a la doctrina del margen de apreciación estatal desde una perspectiva jurídica, a través del estudio de instrumentos internacionales, tratados y informes de la Organización de las Naciones Unidas, y fáctica bajo la lupa de jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y de los informes de los Relatores especiales de Naciones Unidas una mirada frente a una libertad que intenta proteger la facultad que el hombre tiene de definir su relación con Dios y respecto a su existencia, la cual hace parte de parámetros culturales, son, efectivamente, algunos de los objetivos del presente trabajo.

## I. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA DEL CONSEJO DE EUROPA

### 1.1. Las raíces ideológicas y filosóficas de la libertad religiosa

*Ab initio*, es imprescindible afirmar que la diversidad es una característica de la existencia humana que, en las diversas sociedades del mundo, se ve animada por el pluralismo de las ideas.

En efecto, el concepto de la tolerancia religiosa surgió en la era de la Ilustración<sup>2</sup>.

Es importante decir que los conceptos de *libertad* religiosa y *tolerancia* religiosa son distintos. Hablaremos sobre el surgimiento de la libertad religiosa en el epígrafe *la formación histórica del derecho de libertad religiosa*.

El principio de la tolerancia religiosa surge con LOCKE, en *A letter concerning toleration*<sup>3</sup> – 1689.

En el siglo XVII surge un mundo nuevo marcado por el pluralismo de los Estados y el pluralismo religioso<sup>4</sup>. Hoy, aunque a mucha distancia, nos

---

<sup>2</sup> Cfr. Durant, W. *A História da Filosofia*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva, Nova Cultural, São Paulo, 1996, p. 74.

<sup>3</sup> Cfr. Locke, J. *A letter concerning toleration*. Latin and English texts revised and edited with variants and an introduction by Mario Montuori, M. Nijhoff, The Hague, 1963, p. 32.

enfrentamos a problemas a los que la Iglesia, la política y la filosofía del momento tuvieron que hacer frente<sup>5</sup>, pues la realidad dominante era una religión - la religión oficial - apoyada y promovida por el Estado.

MAQUIAVELO<sup>6</sup>, HOBBS<sup>7</sup> y BODINO<sup>8</sup> temieron al pluralismo e idearon formas de absolutización del poder político que fueran capaces de dominar y neutralizar las convicciones religiosas de la ciudadanía.

Para HOBBS (1588-1679), el hombre está determinado por su naturaleza y no es libre<sup>9</sup>; en el estado de la naturaleza (*status naturalis*), el hombre es "malo, egoísta, antisocial y tiende a asegurarse la conservación a toda costa, como todo cuerpo orgánico"<sup>10</sup> (pesimismo antropológico de Hobbes), pero ello precisamente lleva a cada hombre "al deseo de apoderarse de las cosas y, al darse idéntica pretensión en todos los individuos, tiene lugar un *ius omnium in omnia*"<sup>11</sup> (un derecho de todos sobre todas las cosas), se origina

---

<sup>4</sup> Cfr. Durant, W. *A História da Filosofia*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva, Nova Cultural, São Paulo, 1996, p. 76.

<sup>5</sup> Cfr. Teresa Compte Grau, M. "Libertad Religiosa y bien comum". In: <[http://leonxiii.upsam.net/seminarios/05\\_seminario/05\\_sem\\_maria\\_teresa\\_compte.pdf](http://leonxiii.upsam.net/seminarios/05_seminario/05_sem_maria_teresa_compte.pdf)>. Acceso en: 20 de agosto de 2007.

<sup>6</sup> Cfr. Durant, W. *A História da Filosofia*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva, Nova Cultural, São Paulo, 1996, p. 86.

<sup>7</sup> Cfr. *idem, ibidem*. p. 98.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*. p. 104.

<sup>9</sup> Cfr. Hobbes, T. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, Nova Cultura, São Paulo, 1998, pp. 129 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*.

un *bellum omnium contra omnes*<sup>12</sup> (guerra de todos contra todos), donde los hombres, que son naturalmente "malvados y sanguinarios, se combaten entre sí con saña" (*homo homini lupus*<sup>13</sup>).

La discordia y el egoísmo, propios de la naturaleza humana, obligan al hombre a dejar el *estado de naturaleza* y a entrar en un *estado de derecho*, a adoptar una constitución civil y luego, las guerras y todos los costos y desgracias que traen aparejados, obligarán a la adopción de un orden entre los estados, a la introducción de una condición cosmopolita para la seguridad jurídica de éstos.

De hecho, es importante señalar que el propio egoísmo conduce al hombre al contrato social. De este modo, conforme HOBBS, "el hombre no es social por naturaleza, sino por *necesidad*"<sup>14</sup>.

Contrariamente a dicho filósofo, LOCKE estima que el estado de naturaleza "es un estado pacífico, o al menos relativamente pacífico"<sup>15</sup>.

La naturaleza no es para él ni feroz, como para HOBBS, ni perfecta, como para ROUSSEAU<sup>16</sup>. El estado de naturaleza es un estado de hecho, una situación perfectible.

---

<sup>12</sup> Cfr. Hobbes, T. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, Nova Cultura, São Paulo, 1998, pp. 129 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>15</sup> Cfr. Locke, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Vozes, Petrópolis, 1983, pp. 83 y ss.

El *estado de naturaleza* es un estado de libertad dentro de los límites de la ley natural, la cual prohíbe la destrucción de la persona y sus posesiones<sup>17</sup> (una y otras conforman la propiedad en sentido amplio).

Todo acontece en ausencia de un juez común. Todos tienen el poder ejecutivo de la ley natural para castigar al trasgresor, exigirle que repare los daños y prevenir, así, daños futuros<sup>18</sup>.

Además, el contrato social es un remedio para los inconvenientes del estado de naturaleza: ignorancia, ausencia de un juez conocido e imparcial<sup>19</sup>.

El pacto funda el cuerpo político sin que los asociados pierdan sus derechos propios del *estado de naturaleza*.

Por eso, pueden reaccionar legítimamente contra los poderes despóticos.

En efecto, el legislativo y el ejecutivo no pueden ser arbitrarios con la vida y la fortuna de las personas. El estado civil es preventivo del estado de guerra.

Hay un fragmento del Segundo ensayo sobre el gobierno civil que lo expresa con toda claridad: “pero aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia; aunque el hombre tenga en semejante estado una

---

<sup>16</sup> Cfr. Durant, W. *A História da Filosofia*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva, Nova Cultural, São Paulo, 1996, p. 113.

<sup>17</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*.



libertad sin límites para disponer de su propia persona y de sus propiedades, esa libertad no le confiere derecho a destruirse a sí mismo, ni siquiera a alguna de las criaturas que posee, sino cuando se trata de consagrarla con ello a un uso más noble que el requerido por su simple conservación. El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones<sup>20</sup>”.

Afirmaba LOCKE que los hombres "vivieron originalmente en un *estado natural* en el cual prevalecían tanto la libertad así como la igualdad absolutas y no existía gobierno de ningún tipo<sup>21</sup>".

Como hemos visto, para él, la única ley era la naturaleza que cada individuo ponía en vigor por sí mismo como salvaguarda de sus derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad.

---

<sup>20</sup> Cfr. Locke, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Vozes, Petrópolis, 1983, pp. 63 y ss. Texto Original: "Mas ainda que esse estado natural seja um estado de liberdade, não o é de permissibilidade; ainda que o homem tenha em estado semelhante uma liberdade sem limites para dispôr de sua própria pessoa e de suas possessões, essa liberdade não lhe confere direito a se destruir, nem sequer a alguma das criaturas que possua, mas quando se trata de consagrá-la com ele a uma utilização mais nobre que a requerida por sua simples conservação. O estado natural tem uma lei natural pela qual se governa, e essa lei é obrigatória para todos. A razão, que coincide com essa lei, ensina aos seres humanos que querem consultá-la que, sendo iguais e independentes, ninguém deve fazer dano a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou possessões."

<sup>21</sup> Cfr. *idem, ibidem*, pp. 74 y ss.

LOCKE argumentaba que el gobierno fue instituido entre los hombres para defender la propiedad negando que ningún organismo político tuviera facultad para violar los derechos naturales de un solo individuo<sup>22</sup>.

VOLTAIRE dibuja un cuadro espantoso de la historia del cristianismo, hecha a base de luchas incesantes entre sectas deseosas de imponer su opinión por medio del uso de la fuerza.

“¿Qué es la tolerancia? Es lo propio de la humanidad. Todos estamos colmados de debilidades y de errores; perdonémonos recíprocamente nuestras tonterías, he aquí la primera ley de la naturaleza”. Así reza el Diccionario filosófico de VOLTAIRE<sup>23</sup> de 1764.

La definición ha de leerse en el contexto deísta y anticristiano del autor. En la misma voz, leemos: “De todas las religiones, la cristiana es, sin duda, la que debe inspirar la mayor dosis de tolerancia, pero he aquí que los cristianos han sido los más intolerantes de todos los hombres<sup>24</sup>”.

Así, el deísmo de la Ilustración pretende alzarse sobre un trasfondo de un pasado de oscurantismo y de crueldad. Su lectura de la historia es ideológica.

---

<sup>22</sup> Cfr. Locke, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Vozes, Petrópolis, 1983, pp. 63 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Diccionario filosófico de Voltaire (1764). Disponible en: <<http://www.ciudadseva.com/textos/otros/voltaire/diccfilo/indice.htm>>.

<sup>24</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

El artículo *Tolerancia* de VOLTAIRE se sitúa en la misma línea. Su definición es más completa, siendo, según el filósofo, en general “la virtud de todo ser débil, destinado a vivir con otros seres que se parecen a él<sup>25</sup>”.

El hombre, “tan grande por su inteligencia”, es a la vez “tan limitado por sus errores y por sus pasiones que no es fácil excederse al inspirarle para los demás aquella tolerancia y aquel apoyo que tanto necesita para sí, y sin los cuales no habría, en la tierra, más que penas y disensiones<sup>26</sup>”.

Más adelante el filósofo señala la regla general de la tolerancia: “Respetad inviolablemente los derechos de la conciencia en todo aquello que no moleste a la sociedad<sup>27</sup>”.

Según el filósofo, los errores especulativos son indiferentes al Estado.

Conforme VOLTAIRE, la diversidad de opiniones reinará siempre en medio de seres tan imperfectos como el hombre; y concluye: “la verdad produce herejías, como el sol impurezas y manchas: no vayáis por tanto a agravar un mal inevitable, empleando el hierro y el fuego para desarraigarlo;

---

<sup>25</sup> Cfr. Diccionario filosófico de Voltaire (1764). Disponible en: <<http://www.ciudadseva.com/textos/otros/voltaire/diccfilo/indice.htm>>.

<sup>26</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>27</sup> *Idem*, *ibidem*.

castigad los crímenes; tened piedad con el error, y no deis a la verdad otras armas que no sean la dulzura, el ejemplo y la persuasión (...) <sup>28</sup>".

Sin embargo, de todos los filósofos que proponían la nueva visión, ninguno fue más importante que LOCKE (1632 - 1704), autor de *A letter concerning toleration* (Carta sobre la tolerancia - 1689).

LOCKE, en el susodicho texto de 1689<sup>29</sup>, introduce el principio de la tolerancia religiosa, y es uno de los primeros promotores de la libertad civil como parte consustancial del espíritu social.

En un contexto de violentos conflictos religiosos ocurrentes en el continente europeo tras la ruptura de la unidad del cristianismo y el desarrollo del espíritu de sectas, la importancia especial del autor radica en que considera que el principio de la tolerancia constituye "un punto de encuentro" entre las tareas y los intereses que caracterizan, respectivamente, a la Iglesia y al Estado<sup>30</sup>. Desde esta perspectiva, el filósofo es el más importante nudo teórico entre el pensamiento de la Ilustración y el pensamiento liberal.

El filósofo argumenta la tolerancia estatal en materia religiosa. El estado debe, así, ser tolerante con las convicciones religiosas de sus ciudadanos

---

<sup>28</sup> Cfr. Diccionario filosófico de Voltaire (1764). Disponible en: <<http://www.ciudadseva.com/textos/otros/voltaire/diccfilo/indice.htm>>.

<sup>29</sup> Cfr. Locke, J. *A letter concerning toleration*. Latin and English texts revised and edited with variants and an introduction by Mario Montuori, M. Nijhoff, The Hague, 1963, pp. 40 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

"porque a él no le corresponde la cura de las almas y ni las torturas o confiscaciones puede contribuir a que el hombre cambie en su interior<sup>31</sup>".

LOCKE declara explícitamente que el Estado persigue exclusivamente fines terrenales, como velar por la seguridad, la libertad y la propiedad de los ciudadanos. A su vez "la Iglesia no puede en manera alguna extenderse a los negocios civiles, porque la Iglesia en sí es una cosa absolutamente distinta y separada del Estado<sup>32</sup>". O sea, el autor no otorga al Estado ningún derecho sobre la propiedad del individuo justificada por el derecho natural, originándose allí los principios del individualismo pero otorga la propiedad sobre la fe religiosa.

En efecto, establece que la autoridad civil sólo es competente para asegurar los intereses propiamente civiles, a través de la ejecución imparcial de las leyes justas, y en consecuencias, no podría extender sus atribuciones hasta la salvación de las almas, pues ésta sólo le correspondía a la persona en el libre convencimiento y profesión de la fe que haya abrazado<sup>33</sup>.

Importante enfatizar que LOCKE no aplica la tolerancia a favor de los católicos que no toleran otras creencias. Según su tesis, el intolerante no puede esperar tolerancia de los demás; se refiere a la cura autoritaria que consiste en

---

<sup>31</sup> Cfr. Locke, J. *A letter concerning toleration*. Latin and English texts revised and edited with variants and an introduction by Mario Montuori, M. Nijhoff, The Hague, 1963, pp. 49 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*.

emitir leyes y en hacerlas cumplir<sup>34</sup>. La tolerancia obliga a que ninguna iglesia está obligada a mantener en su seno a una persona que viola leyes de su sociedad, a que ningún hombre puede atentar o disminuir los derechos civiles de otro por el hecho de que este se declare ajeno a la religión y rito de aquel, y nadie puede ser obligado contra su voluntad a ser sano y rico.

El autor señala que la tolerancia es el rasgo más característico de la verdadera Iglesia<sup>35</sup> y que el objetivo de la verdadera religión no ha existido para el lujo, el señorío de los prelados o la fuerza compulsiva, sino para asentar una vida guiada por la rectitud y la caridad. Cree necesario separar la Iglesia y el Estado por cuanto se debe establecer la diferencia que existe entre los asuntos civiles y religiosos<sup>36</sup>.

Además, enfatiza el filósofo la vocación y la voluntad moral porque afirmaba que quien careciera de caridad, humildad y buena voluntad estaría muy lejos de ser un cristiano auténtico. En su pensamiento converge la piedad evangélica y el racionalismo<sup>37</sup>. Señalaba que tolerar a aquellos que difieren de los demás en asuntos de religión es asunto que concuerda con el Evangelio y con la razón y extraña que ciertos hombres cieguen ante esta luz<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Locke, J. *A letter concerning toleration*. Latin and English texts revised and edited with variants and an introduction by Mario Montuori, M. Nijhoff, The Hague, 1963, pp. 54 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, pp. 63 y ss

<sup>38</sup> *Idem, ibidem*.

Los asuntos del gobierno civil y de la religión deberían limitarse uno de otro. El autor consideraba al Estado como una sociedad de hombres compuesta para preservar sus propios intereses de orden civil: la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de las cosas como dinero, tierra, casas, etc<sup>39</sup>.

Imperativo afirmar que el autor señala su convicción de respeto por las creencias y decisiones del individuo, siempre y cuando no perjudiquen a los demás y señala que en ningún lugar del Nuevo Testamento dice que la Iglesia debe obligar por "la fuerza, a hierro y fuego"<sup>40</sup>.

LOCKE analiza las acciones y las opiniones de los individuos y propugna por una tolerancia ilimitada, limitada y por excluir toda clase de tolerancia<sup>41</sup>. Los se consideran obligados a negar la tolerancia de los demás deberían quedar excluidos del beneficio de la tolerancia, además de la existencia de una tolerancia limitada por la exigencia de no debilitar el Estado ni causar daños a la comunidad<sup>42</sup>.

Pero lo más importante es destacar que, aunque para LOCKE hay unos derechos de libertad inherentes al hombre (derecho natural como límite al

---

<sup>39</sup> Cfr. Locke, J. *A letter concerning toleration*. Latin and English texts revised and edited with variants and na introductionby Mario Montuori, M. Nijhoff, The Hague, 1963, pp. 64 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>41</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*.

Estado), tales derechos no se conciben como absolutos ni siquiera en el estado de la naturaleza<sup>43</sup>.

Hay que observar que aquí LOCKE emplea más o menos indiferentemente - según parece - las expresiones "sociedad civil" y "gobierno". Para el filósofo, la función del gobierno consiste menos en gobernar que en administrar y legislar<sup>44</sup>.

Otro aspecto importante de su enfoque epistemológico tiene que ver con su doctrina de los derechos naturales<sup>45</sup>, la cual consiste en sostener que hay ciertas reglas de la naturaleza que gobiernan la conducta humana y que pueden ser descubiertas con el uso de la razón. Esto sería asumir con Locke derechos naturales innatos que provienen de la ley natural, impresas en el “corazón de los hombres”. Este punto es crucial para entender la dimensión política del individuo poseedor de derechos naturales – la vida, la *libertad*<sup>46</sup> y la propiedad - que fundamentan los cimientos de la sociedad civil.

Los derechos naturales son para nuestro autor la guía para que los hombres actúen con el fin de preservar su mutua seguridad. Son la condición moral “*anterior* a su reconocimiento por los ordenamientos legales positivos”,

---

<sup>43</sup> Cfr. Locke, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Vozes, Petrópolis, 1983, pp. 19 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>45</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>46</sup> *Idem*, *ibidem*.



y, sumado la condición racional de los hombres, tenemos a los dos componentes básicos del pensamiento moral y político lockeano: el supuesto de derechos anteriores a la formación de todo gobierno y la hipótesis de que el hombre ha nacido libre por ha nacido racional y por lo tanto puede disfrutar de una convivencia pacífica con otros hombres en el marco de un estado de naturaleza.

Importante enfatizar que LOCKE niega que la libertad<sup>47</sup> pueda consistir "como se dice por ahí, *en que cada uno pueda hacer lo que le venga en gana*". La libertad, *contrario sensu*, presupone la existencia de una ley natural y se define por la posibilidad de que los individuos puedan mantener sus acciones dentro de los límites fijados por esa ley.

La libertad, en ese contexto, es una *consecuencia* de la ley<sup>48</sup>, por eso requiere un conocimiento de la misma. Por lo tanto, "la *libertad* del hombre [...], así como su capacidad de actuar de acuerdo con su propia voluntad, se *fundamenta* en el hecho de que posee la *razón*, la cual le puede instruir en las leyes por las que se tiene que gobernar y le hace saber hasta dónde llega la libertad de usar su voluntad"<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. Locke, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Vozes, Petrópolis, 1983, pp. 36 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>49</sup> *Idem*, *ibidem*.

Las leyes exigen una ejecución y una observancia perpetua. Es necesario que haya otro poder que de ello se ocupe. Es el poder ejecutivo y LOCKE lo distingue de un tercero que se llama federativo, encargado de representar a la comunidad frente a las demás y ante los individuos ajenos a ella, y que es el competente para decidir las alianzas, la guerra y la paz, y las transacciones internacionales<sup>50</sup>.

Estos poderes son distintos, porque el uno comprende la ejecución de las leyes internas y el otro se ocupa de la seguridad y de los intereses públicos en el exterior<sup>51</sup>; pero casi siempre van unidos y difícilmente se podrán separar; en consecuencia, si recayeran en personas que pudieran actuar por separado, llevarían más pronto o más tarde al desorden y la ruina<sup>52</sup>.

Naturalmente, todos los poderes dependen de la voluntad de los ciudadanos, lo mismo que el legislativo, pues dependen de éste; y sólo aquella voluntad los justifica.

Y el poder ejecutivo debe dar cuenta de sus decisiones al legislativo: "Mientras el gobierno subsiste, el poder supremo es el legislativo, porque quien puede imponer leyes a otro ha de ser, por fuerza, superior<sup>53</sup>."

---

<sup>50</sup> Cfr. Locke, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Vozes, Petrópolis, 1983, pp. 48 y ss.

<sup>51</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>52</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>53</sup> *Idem*, *ibidem*.

Es así incluso donde el poder legislativo no es permanente y sí lo es la persona que encabeza el ejecutivo, puesto que si ésta viola la ley ya no tiene ningún derecho a ser obedecida.

Esa persona es solamente el símbolo, la imagen o representante del Estado, que actúa por voluntad de la sociedad, tal como declaran las leyes y no tiene, pues, otra voluntad ni otro poder que los de la ley. La monarquía constitucional ha quedado definida; lo contrario no es sino tiranía y usurpación de poder.

Si los legisladores son elegidos para un determinado período de tiempo, según LOCKE<sup>54</sup> estima conveniente, el poder de elección ha de ser siempre ejercido por el pueblo, sea en épocas determinadas o cuando fuera convocado. La potestad de convocar corresponde al ejecutivo, que lo hace a intervalos prefijados en la constitución.

Así, concluimos que en LOCKE la sociabilidad existe por la fuerza de la razón<sup>55</sup>.

Se entiende que sus doctrinas en cuanto a los derechos naturales, a la idea de un gobierno limitado y el derecho de resistencia a la tiranía no solo fueron una fuente muy importante en la teoría de la Revolución Francesa y para

---

<sup>54</sup> Cfr. Locke, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Vozes, Petrópolis, 1983, pp. 48 y ss.

<sup>55</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

el Constitucionalismo, sino que no tardaron en ser aceptadas también dentro de la argumentación teórica en la rebelión contra el coloniaje inglés (volveremos al tema en el apartado "La formación histórica del derecho de libertad religiosa" *infra*).

Quedó reflejada en forma muy notable en la Declaración de Independencia en forma tal que pasajes enteros de dicho documento casi pudieran haber sido sacados del "Segundo Tratado de Gobierno Civil".

Europa acabó aceptando, por la fuerza de los hechos, que la vida en común no requería la unidad de fe, de religión y de doctrina.

Para ello, se hizo imprescindible convertir la tolerancia en el sustrato sobre el cual arraigara el pluralismo de las ideas y las creencias.

No obstante, al mismo tiempo, en la mente de algunos europeos siguiera presente la idea de reconstrucción de la *unidad de fe perdida*.

En efecto, esto es lo que pretendieron el absolutismo, el racionalismo y el idealismo, y, más tarde, los totalitarismos.

## 1.2. La formación histórica del derecho de libertad religiosa

El principio moderno de la *libertad religiosa*, según el cual los gobiernos declaran su neutralidad en cuestiones religiosas, dejando a cada ciudadano individual adoptar sus propias creencias religiosas sobre la base de su propia dignidad humana, sin temor a represalias, es una derivación de la época de la Ilustración<sup>56</sup>.

En efecto, en la tradición de la Ilustración, la libertad religiosa y la tolerancia parecían indisolubles de ciertas premisas filosóficas, como la autonomía de la razón humana en relación con Dios, la negación de la revelación, un agnosticismo de principio que reducía toda afirmación acerca de Dios a una convicción subjetiva<sup>57</sup>.

Se ha sabido desplazar el terreno de este combate doctrinal, que ha dejado una profunda huella en la historia europea, llegando a reconocer en el pluralismo religioso - característica ésta de un número cada vez mayor de países, un hecho dado con el cual hay que contar de ahora en adelante. La experiencia de los regímenes totalitarios ateos también ha ejercido un gran peso

---

<sup>56</sup> Cfr. Durant, W. *A História da Filosofia*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva, Nova Cultural, São Paulo, 1996, p. 74.

<sup>57</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

sobre la reflexión<sup>58</sup>.

Dos ideas aglutinan el conjunto de la cuestión: la trascendencia de la persona humana, "principio, sujeto y fin de todas las instituciones" y, en consecuencia, los límites de las competencias del Estado, que debe respetar la libertad de conciencia<sup>59</sup>.

Creemos que la defensa de la tolerancia estatal en materia religiosa, es decir, la defensa de la tolerancia del Estado respecto de las convicciones religiosas de sus ciudadanos por autores como LOCKE, fue imprescindible para el surgimiento de la libertad religiosa *de facto*.

En efecto, conforme enseña MARTÍN SÁNCHEZ<sup>60</sup>, "hasta el constitucionalismo no existe un reconocimiento del derecho de libertad religiosa. Tan solo hay hasta este momento una situación de tolerancia, más o menos observada por los diversos estados confesionales, por lo que abogan distintos pensadores, entre ellos LOCKE. Con el constitucionalismo se reconoce la libertad religiosa como derecho".

---

<sup>58</sup> Cfr. Durant, W. *A História da Filosofia*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva, Nova Cultural, São Paulo, 1996, p. 75.

<sup>59</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>60</sup> *Op. cit.* Martín Sánchez, I., *in persona*. Igualmente en ese sentido, Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, p. 18, *in verbis*: "Innovatively, John Locke advocated the idea that the state's law stemmed from a constitution, the legal structure of the society. Consequently, the power of the state was still subject to human rights. According to Locke, citizens should have the power to revolt in case of abuse of power by the state, which became the essential idea behind the American and French revolutions and the constitutionalism. At the opposite extreme were such writers as Hegel, Hobbes, and Machiavelli, who defended the power of individual states or rulers."

De hecho, aún conforme MARTÍN SÁNCHEZ<sup>61</sup>, el filósofo LOCKE fue inspiración para el "surgimiento del Constitucionalismo norteamericano (*Constitución de Virginia de 1776 y Primera enmienda de la Constitución federal de 1787*) y del francés (*Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789*)". Finaliza MARTÍN SÁNCHEZ, *inter alia*: "las Constituciones de diversos Estados, europeos y latinoamericanos, irán paulatinamente reconociendo el derecho de libertad religiosa<sup>62</sup>".

En efecto, en el siglo XIX, se presentaron serios avances y retrocesos en materia de derechos humanos<sup>63</sup>. Se trata de un siglo de lenta consolidación de los ideales proclamados que inspiraron a la revolución francesa. El liberalismo y el romanticismo de este siglo juegan un papel fundamental en el fortalecimiento de la libertad de los individuos, reconocimiento que van haciendo las propias Constituciones de los Estados Nacionales.

El principio moderno de la libertad religiosa recibió reconocimiento universal solamente en 1948, con la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*<sup>64</sup>, la cual constituye indudablemente el fundamento principal en la evolución de la *libertad religiosa internacional*.

---

<sup>61</sup> *Op. cit.* Martín Sánchez, I., *in persona*.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>63</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 22 y ss.

<sup>64</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. (coordinador) y otros, *Curso de Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1997, pp. 86 y ss.

El artículo 18 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*<sup>65</sup>, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, establece que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

Resulta evidente, tras el análisis del dispositivo, que la libertad de religión se caracteriza por ser un derecho humano universal, *erga omnes*. Es la mencionada prerrogativa parte, por lo tanto, de todo y cualquier ser humano que desee manifestar sus creencias en público o particularmente.

La declaración universal establece vigorosamente que deben respetarse las diferencias religiosas individuales. Adopta el principio político de que el papel clave del gobierno es proteger la libertad religiosa, no ordenar una conformidad religiosa<sup>66</sup>.

Hicieron falta siglos, incluso milenios, de guerras y persecuciones religiosas para que la mayoría de las naciones-estado modernas llegaran a esta posición, pero el principio ahora se acepta ampliamente, particularmente en

---

<sup>65</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/>>.

<sup>66</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, p. 31.



Occidente.

La declaración se refiere a "un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse<sup>67</sup>". Redactada tras la Segunda Guerra Mundial, brinda una norma por la cual los pueblos del mundo puedan aprender a vivir en paz y cooperación. Simplemente no hay manera de exagerar la importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En efecto, la declaración, que constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones, es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>68</sup>, ambos aprobados en 1966.

Sin embargo, mientras que la declaración impuso una obligación moral a todas las naciones signatarias, los documentos posteriores fueron más lejos al crear una obligación legal para cumplir con sus amplios principios.

El *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* - ICCPR<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, p. 31.

<sup>68</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. (coordinador) y otros, *Curso de Derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, 1997, pp.86 y ss.

<sup>69</sup> *International Covenant on Civil and Political Rights, 1966* (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

prohíbe la discriminación religiosa, como lo declara en el Artículo 2 (1), "sin distinción de ninguna clase, como raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra clase, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición".

El Artículo 18 del ICCPR garantiza los mismos derechos enumerados en el Artículo 18 de la Declaración Universal, y agrega otros, incluso el derecho de los padres a dirigir la educación religiosa de sus hijos<sup>70</sup>.

El Artículo 20 prohíbe incitar el odio contra otros debido a su religión<sup>71</sup>, y el Artículo 27 protege a los miembros de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas para impedir que se les niegue el goce de su propia cultura<sup>72</sup>. Más aún, la Alianza de 1966 brinda una definición amplia de la religión que abarca tanto religiones teísticas como ateas, así como "credos raros y virtualmente desconocidos".

En efecto, el artículo 18 de la Declaración inspiró el surgimiento de algunos diplomas que mencionan la problemática: la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones*<sup>73</sup>, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas – GA, en 25/11/1981 (Resolución 36/55), los artículos 1 y 6

---

<sup>70</sup> Cfr. *International Covenant on Civil and Political Rights, 1966* (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

<sup>71</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>73</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. (coordinador) y otros, *Curso de Derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, 1997, pp. 86 y ss.

proveen una lista integral de derechos referidos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.- y la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/135 de 18/12/1990.

Bajo esos parámetros, la libertad religiosa se configura como un libertad individual, es decir la potestad o facultad que tiene cada persona para decidir sobre su convicción o religión.

Para poder ejercer esa libertad sin coacción, los instrumentos internacionales han hecho un llamado a la tolerancia: en otras palabras a respetar y a no discriminar a ninguna persona en virtud de la religión que profesa.

En la Declaración de Principios de Tolerancia de la UNESCO, en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 56/157 para la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa y en la Declaración de Durban<sup>74</sup> los Estados manifiestan la preocupación por la intolerancia y todas las formas de discriminación que por supuesto incluyen la distinción por la

---

<sup>74</sup> *Declaración de Durban: Declaración y Programa de Acción* de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Celebrada en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Disponible en: <[http://www.conapred.org.mx/Marco/Convenios/37-Declaracion\\_y\\_Programa\\_de\\_Accion\\_de\\_Durban.html](http://www.conapred.org.mx/Marco/Convenios/37-Declaracion_y_Programa_de_Accion_de_Durban.html)>.

religión<sup>75</sup>.

MARÍA PORRAS RAMÍREZ<sup>76</sup> defiende que el nivel interno de garantía de los derechos se articula, de manera necesaria, con los mecanismos de tutela internacional dispuestos en favor de los mismos.

Así ocurre, particularmente, por determinación del Tratado constitucional, en relación con el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)*<sup>77</sup>.

Este, de forma muy similar a como procede la Declaración Universal de Naciones Unidas, reconoce, igualmente, en su art. 9.1, que “toda persona tiene derecho a libertad de pensamiento, conciencia y religión”, atribuyéndole un contenido y manifestaciones, en buena medida, análogos a los que aparecen desarrollados en el art. 18 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

---

<sup>75</sup> La Declaración de Durban pone de manifiesto, *inter alia*: “Reconocemos con profunda preocupación la intolerancia religiosa contra algunas comunidades religiosas, así como la aparición de actos hostiles y de violencia contra esas comunidades a causa de sus creencias religiosas y su origen racial o étnico en diversas partes del mundo, que limitan en particular su derecho a practicar libremente sus creencias (...)” Declaración de Durban: Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Disponible en: <[http://www.conapred.org.mx/Marco/Convenios/37-Declaracion\\_y\\_Programa\\_de\\_Accion\\_de\\_Durban.html](http://www.conapred.org.mx/Marco/Convenios/37-Declaracion_y_Programa_de_Accion_de_Durban.html)>.

<sup>76</sup> Cfr. María Porras Ramirez, J. "La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religion emnel tratado contitucional europeo". Disponible en: (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/10porras.htm>). Acceso: 20 de enero de 2008.

<sup>77</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. (coordinador) y otros, *Curso de Derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, 1997, pp. 86 y ss.

Según MARÍA PORRAS RAMÍREZ<sup>78</sup>, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, el CEDH viene a suponer la fijación de un estándar mínimo y común de protección de estas libertades, que es necesario poner en relación con el derecho interno de los Estados miembros.

Volveremos al tema en el apartado "El sistema del Consejo de Europa: La protección normativa" *infra*.

Diversas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, dictadas en referencia al conjunto de derechos objeto de comentario, pretenden realizar una labor orientativa de interpretación del CEDH, destacando así, entre otras, dignas de mencionarse, las dedicadas a la *tolerancia religiosa* (1202/1993), a las *sectas* (1178/1992 y 1412/1999), y a la relación que ha de mediar entre *religión y democracia* (196/1999).

Igualmente, a los mencionados instrumentos *supra*, se añaden distintas *convenciones marco*, que inciden, también, directa o indirectamente, en el ámbito de desarrollo y aplicación de las libertades expresadas, como son los casos de la *Convención cultural europea*, o la *Convención marco para la protección de las minorías nacionales*.

---

<sup>78</sup> Cfr. María Porras Ramirez, J. "La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religion em el tratado contitucional europeo". Disponible en: (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/10porras.htm>). Acceso: 20 de enero de 2008.

El *Documento Concluyente de Viena de 1989*<sup>79</sup> contiene provisiones similares a las de los documentos de 1948, 1966 y 1981, instando al respeto por las diferencias de credos, especialmente entre diversas comunidades religiosas. Las naciones participantes acuerdan específicamente asegurar "la implementación plena y efectiva de pensamiento, conciencia, religión y creencias".

De hecho, la *Declaración y Programa de Acción de Viena*<sup>80</sup>, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, determinó que el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos.

Además, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>81</sup> reafirmó la obligación de los Estados de velar por que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales *sin discriminación alguna* y en condiciones de total igualdad ante la ley.

---

<sup>79</sup> Cfr. María Porras Ramirez, J. "La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el tratado constitucional europeo". Disponible en: (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/10porras.htm>). Acceso: 20 de enero de 2008.

<sup>80</sup> Cfr. Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993.

<sup>81</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

El Comité de derechos humanos de Naciones Unidas consideró, con carácter general, en su Comentario Oficial sobre el art. 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (Observación General N° 22, de 30 de julio de 1993<sup>82</sup>), que “la libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende [...] a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos [rituales y ceremoniales], comprendidos [...] la exhibición de símbolos [...] La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir [...] costumbres tales como [...] el uso de prendas de vestir o tocados distintivos<sup>83</sup>”.

De hecho, se llega a la conclusión de que tal derecho protege las convicciones teístas, no teístas y ateas, así como el derecho de no profesar ninguna religión o convicción.

A su vez, el Artículo 14, estrechamente ligado a aquél, prohíbe, entre otras, cualquier forma de discriminación por razón de religión o convicciones. Además, el art. 2 del Protocolo I, incorporado a dicho Convenio, vincula el derecho en cuestión a la libertad de enseñanza.

Los mencionados documentos internacionales ya están dando forma a

---

<sup>82</sup> Comité de derechos humanos de Naciones Unidas, "Comentario Oficial sobre el art. 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (Observación General N° 22, de 30 de julio de 1993)". Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

<sup>83</sup> *Idem, ibidem.*

leyes de derechos humanos en las naciones participantes del *Convenio Europeo*, y son una característica clave de un orden mundial en desarrollo y, es de esperar, más pacífico.

Acerca de los documentos internacionales mencionados, preceptúa CHANONA: "(...) buscan la creación de un mundo en donde la dignidad humana sea preservada y mantenida a pesar de la persistencia de graves y múltiples violaciones a tales derechos que se comenten día a día en la mayoría de los países, sea por sentimientos nacionalistas, fundamentalistas xenofobios o intolerantes en diversos puntos del orbe, que no sólo ponen en tela de juicio la aplicación efectiva de los derechos humanos de millones de seres humanos, sino que representan un retroceso del esfuerzo realizado por la comunidad internacional por garantizar la realización y *universalidad de los derechos humanos para todas las personas*<sup>84</sup>."

En efecto, la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y *dándoles a todos el mismo peso*. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales

---

<sup>84</sup> Cfr. Oscar de Castro, R. (org.). *Direitos humanos: conquistas e desafios*. Letraviva, Brasília, 1999. pp. 241 y ss.



fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger *todos* los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Este tema de la universalidad o no de los derechos humanos fue uno de los ejes de discusión de la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993* celebrada en Viena.

Las distintas culturas presentes hicieron oír su voz al cuestionar la existencia de una concepción universalmente válida de los derechos humanos, argumentando que ésta sólo sería una pretensión de los países occidentales de imponer sus valores al resto de las culturas.

Lo que subyace a estas posturas es justamente el relativismo cultural en los derechos humanos, que partiendo de que la cultura es la única fuente para validar un derecho, sostiene que la única norma válida universalmente es la tolerancia a las costumbres de otros pueblos.

Volveremos al tema en el apartado "El proceso de universalización de los derechos fundamentales, relativismo cultural y la libertad religiosa como prerrogativa indivisible, inderogable y universal" *infra*.

La Santa Sede, en 12 de Abril de 2002, así se pronunció en la 58ª Sesión de la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre - CONUDH: "El derecho a la libertad religiosa contenido en el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre siempre fue

considerado una de las piedras angulares del edificio de los derechos humanos, pues representa una de las más profundas dimensiones de la vida de la persona y de su búsqueda por la verdad. Violar el derecho a la libertad religiosa significa violar uno de los más íntimos santuarios de la dignidad de la persona humana. (...) La posición de la Santa Sede (...) fue definida por el Concilio Vaticano II, que hace esta afirmación: "Si, cumpliendo los requisitos peculiares de los pueblos, una comunidad religiosa es especialmente reconocida en el ordenamiento jurídico de la sociedad, es igualmente imprescindible el reconocimiento a todos los ciudadanos y comunidades indígenas el derecho a la libertad religiosa y que sea garantizado<sup>85</sup>" (*Declaración sobre la libertad religiosa Dignitatis humanae*).

El juez de la *Corte Internacional de Justicia* – ICJ, AUGUSTO CANÇADO TRINDADE<sup>86</sup> comparte el mismo raciocinio, *literis*: “*It could hardly be denied that given the current growth of fundamentalisms in autocratic regimes in different latitudes, the International Law of Human Rights is promptly responding to such violations of human rights, in particular by means of an evolving case-law of protection. Thus, the basic principles of a*

---

<sup>85</sup> Cfr. Intervención de la Santa Sede en la 58ª Sesión de la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre. 12 de Abril de 2002. Disponible en: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/documents/rc\\_seg-st\\_doc\\_20020412\\_martin-human-rights\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_doc_20020412_martin-human-rights_po.html)>.

<sup>86</sup> Cfr. Augusto Cançado Trindade, A. *apud* Scalabrino, M. *International Code on Religious Freedom*, Peeters Publishers, London, 1998, pp. 9 y ss.

*democratic society - an expression which is found in the European Convention of Human Rights and the vast case-law which has evolved thereunder, - refer to the rule of law itself, and to such rights as, inter alia, the right to personal integrity, the rights to freedom of thought, conscience and religion, and the right to a fair trial, among others. In sharing and promoting certain basic moral values in the face of the precariousness of the human condition, religions constitute a transcendental support for a great many people, in their search for a meaning for human existence."*

Y en lo que se refiere a la Declaración conciliar *Dignitatis humanae*<sup>87</sup> sobre la libertad religiosa, podemos afirmar que ha marcado un hito de gran significación.

En efecto, el Concilio enuncia una distinción obvia: la libertad religiosa respecto de la autoridad política no se opone en absoluto al deber de conciencia de buscar la verdad acerca de Dios y de adherirse a ella cuando se halla.

Juan Pablo II, en su mensaje anual a los jefes de estado en el día mundial de la paz en 1999 aseveró: "la libertad religiosa es el corazón de los derechos humanos. Es innegablemente inviolable y exige que se reconozca a las personas la libertad de cambiar de religión si así demanda su conciencia. Cada

---

<sup>87</sup> Cfr. Intervención de la Santa Sede en la 58ª Sesión de la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre. 12 de Abril de 2002. Disponible en: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/documents/rc\\_seg-st\\_doc\\_20020412\\_martin-human-rights\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_doc_20020412_martin-human-rights_po.html)>.

persona, de hecho, es obligada a seguir su conciencia en todas las circunstancias y no puede ser forzado a actuar contrariamente a ella. Debido a ese derecho inalienable, nadie puede ser obligado a aceptar por coacción una determinada religión, no importa cuáles sean las circunstancias o las motivaciones<sup>88</sup>".

De esa forma, se percibe que la libertad religiosa tiene amplia protección por parte del sistema internacional de derechos humanos.

---

<sup>88</sup> Disponible en: <<http://www.vatican.va>>.

### **1.3. El proceso de universalización de los derechos fundamentales, relativismo cultural y la libertad religiosa como prerrogativa indivisible, inderogable y universal**

Los derechos humanos encuentran sus raíces más antiguas en el humanismo, tanto en sus versiones occidentales como en las visiones humanistas hindúes, china e islámica esencialmente.

Desde el Código de Hammurabi, que en los días de hoy se encuentra en el museo del Louvre, la problemática de los *valores* (axiología) del ser humano se ha reflejado en el ordenamiento jurídico. De hecho, los Diez Mandamientos sostienen una particular forma de los derechos humanos a partir de su concepción valorativa.

Se debe resaltar también el aporte realizado por el estoicismo griego y romano<sup>89</sup>, con la precisión del concepto de "derecho natural" y el desarrollo del jusnaturalismo fundamentado en la racionalidad<sup>90</sup>.

Posteriormente, en la época medieval<sup>91</sup> con el marcado dominio de las filosofías cristianas (Escolástica y Patrística: San Agustín y Santo Tomás) su

---

<sup>89</sup> Cfr. Vicentino, C. *História Geral*. ed. atual. e ampl. Scipione, São Paulo, 1997, p. 298.

<sup>90</sup> Cfr. *idem ibidem*, p. 345.

fundamento de los Derechos Humanos se encontraba en conceptos estrictamente religiosos, hasta llegar a una primera positivización de los derechos humanos.

Como hemos visto, a partir del contractualismo se desarrolla la idea de la "tolerancia religiosa".

Esta corriente filosófica, así como la aparición de pensadores contractualistas, en particular HOBBS y LOCKE, quienes, con diferente orientación, se basan en las ideas de "estado naturaleza", "derecho natural inspirado en la razón", "contrato social", y consolidan la existencia de reglas normativas antes de la existencia de un Estado u organización política definida<sup>92</sup>.

Es, por primera vez, en el siglo XIX que las reivindicaciones proletarias y de la conquista del reconocimiento del derecho de asociación, derechos eminentemente sociales han logrado éxito<sup>93</sup>, inspirados por la Revolución Francesa.

---

<sup>91</sup> Cfr. Vicentino, C. *História Geral*. ed. atual. e ampl. Scipione, São Paulo, 1997, p. 427.

<sup>92</sup> Cfr. Locke, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Vozes, Petrópolis, 1983, pp. 109 y ss.; Locke, J. *A letter concerning toleration*. Latin and English texts revised and edited with variants and an introduction by Mario Montuori.: M. Nijhoff, The Hague, 1963, pp. 87 y ss. y Hobbes, T. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, Nova Cultura, São Paulo, 1998, pp. 76 y ss.

<sup>93</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 22 y ss.

Finalmente, en el siglo XX lo característico de la evolución de los Derechos Humanos es su progresiva incorporación en el plano internacional<sup>94</sup>.

En efecto, los derechos fundamentales no admiten discriminación alguna y son completamente universales, formando parte de un todo, en donde la violación de uno de estos derechos, implica la trasgresión de otros (tema que volveremos a señalar en las consideraciones finales).

El estado de derecho se funda en la *universalidad e imparcialidad* de la ley, generada en la voluntad del pueblo libremente expresada, es por ello que la inexistencia de la democracia (completamente necesaria para la conformación de un estado de derecho), hace casi impracticable el *cumplimiento de los derechos humanos*<sup>95</sup>.

En todas las épocas los gobiernos han cometido atropellos contra los derechos fundamentales, pero durante el siglo XX se han producido las violaciones más atroces contra la dignidad del ser humano; de allí la importancia de seguir luchando por el respeto a los derechos humanos<sup>96</sup>.

En efecto, hay diplomas internacionales que tienen vocación universalista, pero una cosa es la vocación ideológica de estos textos y otra cosa es la fuerza jurídica (*binding power*), pero no son tratados.

---

<sup>94</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 22 y ss.

<sup>95</sup> Cfr. *idem, ibidem*, pp. 54 y ss.

<sup>96</sup> *Idem, ibidem*, pp. 27 y ss.

Este desarrollo de los Derechos Humanos permite identificar dos importantes ejes en ese proceso, que desemboca en una *internacionalización* y *universalización* de los mismos, estos son:

- a) la dimensión de inherencia del derecho por la razón de ser persona<sup>97</sup> (lo que obliga al Estado a proteger y promover estas prerrogativas);
- b) y la incorporación paulatina y sistemática en la jurisprudencia nacional e internacional<sup>98</sup>.

Respecto del proceso de *universalización de los derechos fundamentales*, conforme WASMAN, el término *etnocentrismo* es definido como "la tendencia a considerar las actitudes y valores del propio grupo social como *paradigma universal*, que puede ser muy peligroso, pues puede que sea la base de la *intolerancia* entre las diferentes culturas"<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 32 y ss.

<sup>98</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>99</sup> Cfr. Wasman, L. "Protección Internacional de los Derechos Humanos y "Relativismo Cultural". In: <http://www.abogados.com.ar/proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-y-relativismo-cultural/1615>.



En efecto, el *relativismo cultural* es una perspectiva opuesta al etnocentrismo, es decir, que toma en cuenta la igual validez de diversos patrones de conducta y de vida<sup>100</sup>.

Sobre el tema, PIRES enseña que *"o problema da dicotomia etnocentrismo/relativismo cultural pode ser visto sob outra perspectiva: dadas as conceituações estabelecidas por seus próprios propositores, é um pressuposto lógico admitir que não há de coexistirem ambas as posições, a etnocentrista e a relativista, dado que são mutuamente excludentes. Pois, será correto então que venha a ser advogada uma ou outra posição, ao sabor de meras conveniências? Refiro-me aqui especialmente ao caso indigenista brasileiro. No tanto em que o etnocentrismo "do branco" não pareça incomodar os índios que vendem madeira e pedras preciosas e com o dinheiro adquiram antenas parabólicas, freezers e invejáveis caminhonetes de cabine dupla, ou quando acodem, às vezes violentamente, aos órgãos de assistência em busca de alimentos, roupas e remédios sem pagar um centavo em impostos,*

---

<sup>100</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 633 y ss., *inter alia*: "Many commentators, enthusiasts of Cultural Relativism, mention community-based actions that may exclude the individual from his environment. Moreover, they claim that their respective faiths require such actions. Proponents stress sociological implications, cultural or ethnic aspects, wherein membership hinges on participation in cultural rituals."

*logo o discurso se reverte para o relativismo quando tratamos de assassinatos, estupros e antropofagia cometidos contra pessoas da dita civilização*<sup>101</sup>".

En ese contexto, hay autores que señalan la existência de un grupo de normas mínimas no suspendibles en ninguna circunstancia y lugar. Ellos se basan en prácticas consideradas *ihumanas* y *cruelles* por el mundo occidental, como la ablación genital femenina<sup>102</sup> (*female circumcision*).

Estas normas mínimas serían el derecho a la vida, a la no discriminación racial, a no ser sometido a la esclavitud, tortura, o *tratos inhumanos o degradantes*, a las libertades, entre otros. Estas normas constituirían un verdadero núcleo de *derechos humanos, absolutos e inderogables*, que adquieren, desde un punto de vista jurídico, el valor de *ius cogens*, o normas imperativas de la comunidad internacional.

Es muy común, en los días de hoy, que un Estado garantice determinada "generación" de prerrogativas fundamentales, como, por ejemplo, los derechos culturales, y actúe con negligencia en relación a otros derechos fundamentales, como las libertades individuales.

Efectivamente, es lo que hacen países como China, garantizando los derechos económicos y no observando derechos universales como la *libertad de*

---

<sup>101</sup> Pires, K. "Etnocentrismo ou Relativismo Cultural? Um Ensaio Refutativo". In: <http://www.endireitar.org/site/revolucao-cultural/307-etnocentrismo-ou-relativismo-cultural>.

<sup>102</sup> Katterine Brennan es un ejemplo, con su obra-manifiesto intitulada *The Influence of Cultural Relativismo on International Human Rights Law: Female Circumcision as a Case Study*.

*expresión*, llevando gente inocente a la cárcel y practicando *tortura*, o los EEUU que, para justificar una política conservadora e insostenible, basada en el miedo, justificada en una visión sospechosa apoyada en su propio concepto amplio y inaceptable de terrorismo, suprimió prerrogativas inalienables como el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión.

En el voto concurrente<sup>103</sup> conjunto de los jueces AUGUSTO CANÇADO TRINDADE y Alirio Abreu Burelli en el Caso Villagrán y Morales (caso de los "Niños de la Calle"), Sentencia de 19 de Noviembre de 1999, los jueces afirmaron que "la privación arbitraria de la vida no se limita, pues al ilícito del homicidio: se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualizada del derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo al dominio de los derechos civiles y políticos, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos".

La justificación estatal, en la mayoría de los casos, tiene base en la prioridad de los intereses generales de la economía nacional frente a las pretensiones individuales de protección de la vida privada y familiar *lato sensu*.

---

<sup>103</sup> Cfr. Martin, C. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia*. In: Martin, C., et al (org.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara / Universidad Iberoamericana / Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University, 2004, p. 78.

El insigne ex-juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en los días de hoy, juez de la Corte Internacional de Justicia – AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, defiende que la teoría de las llamadas "generaciones de derechos" es una reminiscencia de "la triada *liberté/égalité/fraternité* de los compatriotas de VOLTAIRE (con posible mérito pedagógico o quizás literario): dicha construcción teórica ha ejercido y sigue ejerciendo una cierta fascinación en nuestros círculos jurídicos, reflejada en la bibliografía especializada latinoamericana, a pesar de históricamente inexacta y jurídicamente infundada<sup>104</sup>".

Para AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, esa dicotomía no tiene hoy ningún sentido práctico, por el contrario, lo único que pretende es evadir responsabilidades por parte de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de *derechos económicos, sociales y culturales*.

---

<sup>104</sup> Cfr. Augusto Cançado Trindade, A., *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 583. Asimismo, afirma: "los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no parecen haber ocurrido *pari passu*. Así es que, si bien en el derecho interno (constitucional) el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, lo mismo no ocurrió en el plano internacional, como queda demostrado por las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la OIT en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos. In: Augusto Cançado Trindade, A., *Medio Ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como derecho humano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1993, p. 43.

De hecho, la visión *compartimentalizada* de los derechos humanos pertenece al pasado y, como reflejo de la confrontación ideológica de otra época, ya se encuentra ya hace mucho superada<sup>105</sup>.

El agravamiento de las disparidades socioeconómicas entre los países, y entre los segmentos de la población dentro de cada país, acarrió una profunda reevaluación de las premisas de las categorizaciones de los derechos fundamentales.

Conforme AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, la fantasía nefasta de las llamadas “generaciones de derechos”, histórica y jurídicamente infundada, en la medida que alimentó una visión fragmentada o atomizada de los derechos humanos, ya se encuentra debidamente desmitificada<sup>106</sup>.

El fenómeno que hoy se puede testificar no es el de una sucesión, sino más bien de una expansión, acumulación y fortalecimiento de los derechos humanos, consagrados en conformidad con una visión necesariamente integrada de todos los derechos humanos.

Las razones histórico-ideológicas de la compartimentalización ya hace mucho desaparecieron.

---

<sup>105</sup> Cfr. Augusto Cançado Trindade, A., *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 583.

<sup>106</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

En efecto, hoy podemos ver con claridad que los avances en las libertades públicas en tantos países en los últimos años deben necesariamente hacerse acompañar, no de retrocesos, como viene ocurriendo en numerosos países, sino de avances paralelos en el dominio económico-social.

El empobrecimiento<sup>107</sup> a que vienen siendo sometidos amplios y crecientes segmentos de las poblaciones de los países endeudados constituye un grave atentado contra los derechos humanos.

Entendemos que el respeto por lo diferente es esencial. De hecho, tener en cuenta la validez de diversos patrones de conducta y de vida no debe llevar a aceptar la opresión, mitigación y/o supresión de valores básicos.

De esa forma, la comunidad internacional afirmó que todos los derechos fundamentales son universales e igualmente aplicables en las diferentes tradiciones sociales, culturales o legales, y que argumentos como el relativismo no pueden justificar violaciones de derechos humanos bajo ninguna

---

<sup>107</sup> La Conferencia Mundial de Derechos Humanos afirmó que la pobreza extrema y la exclusión social constituyen un atentado contra la dignidad humana y que urge tomar medidas para comprender mejor la pobreza extrema y sus causas, en particular las relacionadas con el problema del desarrollo, a fin de promover los derechos humanos de los más pobres, poner fin a la pobreza extrema y a la exclusión social y favorecer el goce de los frutos del progreso social. Es indispensable que los Estados favorezcan la participación de los más pobres en las decisiones adoptadas por la comunidad en que viven, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra la pobreza extrema. Cfr. Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993.

circunstancia<sup>108</sup>.

De esta manera, fueron reconocidos los obstáculos culturales, ideológicos, culturales y económicos que condicionan las prerrogativas fundamentales, pero apuesta, sobre la base de un consenso internacional, a su *universalidad*, entendiendo que los derechos humanos son inherentes al hombre por su calidad de tal<sup>109</sup>.

En conclusión, el relativismo cultural en los derechos fundamentales es útil y deseable - pero *con límites*<sup>110</sup>.

Usar los argumentos de esta corriente puede llevar a legitimar dictaduras, tiranías y sostener gobiernos *de facto* sobre la idea de respetar las diferencias culturales.

---

<sup>108</sup> Cfr. Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993.

<sup>109</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>110</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, p. 633.

#### **1.4. El proceso de internacionalización de los derechos humanos y el sistema de protección del Consejo de Europa**

En ese contexto, es importante decir que el tema de la *internacionalización* de los derechos fundamentales es un fenómeno que se inicia con la *Declaración Universal de derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948*. A esto lo siguen otros textos como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político - ICCPR* o el *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* también de 1966.

Por otro lado, esto coincide con el proceso de *universalización* de los derechos humanos, analizado en el epígrafe anterior, que ha contribuido a la confirmación de tres características esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su *universalidad, interdependencia e indivisibilidad*.

Pero por encima de estos textos no solo el valor de la Declaración, sino la eficacia, la efectividad, destacar por encima de todas el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*<sup>111</sup>, tratado internacional realizado en el seno del Consejo de Europa con el nombre de *Convención de salvaguarda de los Derechos del*

---

<sup>111</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.



*Hombre y de las libertades fundamentales* y firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, completado por ocho protocolos adicionales y de él forman parte la gran mayoría de los países de Europa occidental, y destaca porque la eficacia, la vinculación, la efectividad de estos derechos se encuentra garantizada por un tribunal que es la Corte internacional de Estrasburgo (TEDH).

El *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* se hace presente desde que el *Derecho Internacional Público* ha incluido en su campo la cuestión de los derechos y libertades esenciales y fundamentales del hombre.

El *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* es el conjunto de instrumentos internacionales (Tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), establecidos para proteger los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos y las instituciones creadas en consecuencia, han sido las resultantes del proceso de incorporación de la temática de los derechos humanos y su protección, por parte del Derecho Internacional Público.

Tradicionalmente sólo se entendía al derecho internacional como aquellas leyes que regían la comunidad internacional de los países, regulando exclusivamente la relación entre los mismos, tal como las transacciones comerciales o los acuerdos de paz.

El Convenio Europeo y el TEDH se han convertido en una parte importante del *derecho internacional de los derechos humanos*. Es un camino que progresivamente se va abriendo.

Un paso decisivo en la defensa de los derechos humanos y, por tanto, de la libertad religiosa es la internacionalización de éstos.

En efecto, después de la *Segunda Guerra Mundial*<sup>112</sup> se produce una reacción internacional a favor de la adopción de medidas tendentes a generalizar la cultura de los derechos fundamentales y buscar instrumentos<sup>113</sup> que, de forma efectiva, los garanticen.

Fueron los aberrantes hechos ocurridos durante la *Segunda Guerra* los que sirvieron de catalizador para que se produjera el desarrollo del llamado derecho internacional de los derechos humanos que caracterizó la mitad de este siglo.

---

<sup>112</sup> Cfr. Vicentino, C. *História Geral*. ed. atual. e ampl. Scipione, São Paulo, 1997, pp. 324 y ss.

<sup>113</sup> Hemos mencionados ejemplos de estos instrumentos en el *epígrafe 1.2. La formación histórica del derecho de libertad religiosa*, como: Conferencia de San Francisco, 1945; Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, Bogotá, 1948; Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; Pactos de Nueva York, 1966; Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 1981; En el ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950; Declaración Dignitatis humanae, de 1965, del Concilio Vaticano II.

Así en 1945, en el *juicio de Nuremberg*, los aliados incluyeron los crímenes contra la humanidad entre los cargos formulados contra los líderes nazis<sup>114</sup>.

Este proceso tuvo como objetivo fundamental inducir a los Estados a modificar aquellas partes inadecuadas de las leyes internas, de manera de asegurar el respeto a los derechos humanos.

Como resultado lo que antes era un problema del dominio exclusivo de cada Estado, pasó también a serlo del derecho internacional.

Tras la concepción de estos derechos se encuentra el esfuerzo y sufrimiento de muchas personas solitarias o pueblos completos, en donde muchos de ellos dieron la vida en busca de su reconocimiento<sup>115</sup>.

Los derechos humanos tienen una función muy importante en las relaciones del Estado con los ciudadanos pues controlan y rigen el ejercicio del poder del Estado, otorgan libertades a las personas y exigen que los Estados satisfagan las necesidades humanas fundamentales de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

La declaración universal ubica su origen en el mero nacimiento de los seres humanos "libres e iguales en dignidad y derechos".

---

<sup>114</sup> Cfr. Vicentino, C. *História Geral*. ed. atual. e ampl. Scipione, São Paulo, 1997, pp. 324 y ss.

<sup>115</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Aunque el TEDH sea la conquista más importante en el mundo de la internacionalización, también sus debilidades, porque el *Consejo de Europa* no es considerado una organización supranacional, con lo cual la ejecución de las sentencias queda en manos de los Estados

La susodicha problemática es analizada en apartado *infra* del presente trabajo (*El margen de apreciación estatal en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*).

## 1.5. El sistema del Consejo de Europa: la protección normativa

El primer objetivo que se propone consiste en alcanzar la protección, mediante la articulación de mecanismos jurídicos eficaces, de los derechos<sup>116</sup> civiles y políticos de los individuos. Es el resultado de la obra del Consejo de Europa<sup>117</sup> que constituye lo que se ha denominado una comunidad ideológica, basada en la democracia parlamentaria, el Estado social de Derecho y el respeto por los Derechos del Hombre.

En ese contexto, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)* no protege todos los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, teniendo en principio un carácter selectivo.

Los contemplados<sup>118</sup> por esta Convención son: el derecho a la vida (Art. 2); la prohibición de la tortura, las penas o los tratos crueles, inhumanos o

---

<sup>116</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>. “*Considérant que cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l’application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés;*”

<sup>117</sup> Cfr. *idem, ibidem, inter alia*: “*Considérant que le but du Conseil de l’Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l’un des moyens d’atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l’homme et des libertés fondamentales*”.

<sup>118</sup> Cfr. *idem, ibidem, literis*: “Article 2. *Droit à la vie*”; “Article 3. *Interdiction de la torture*”; “Article 4. *Interdiction de l’esclavage et du travail forcé*”; “Article 5. *Droit à la liberté et à la sûreté*”; “Article 6. *Droit à un procès équitable*”; “Article 7. *Pas de peine sans loi*”; “Article 8.

degradantes (Art. 3); la prohibición de la esclavitud o servidumbre y de determinados trabajos forzados u obligatorios (Art. 4); el derecho a la libertad y la seguridad (Art. 5); los derechos jurisdiccionales en materia civil y las garantías procesales en el curso del proceso criminal (Art. 6); la prohibición de la retroactividad de las leyes penales (Art. 7); el derecho de protección de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (Art. 8); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 9); la libertad de opinión, de expresión e información (Art. 10); libertad de reunión pacífica, asociación y fundación de sindicatos (Art. 11); y el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (Art. 12).

Por su parte el primer protocolo adicional de 20 de marzo de 1952 establece el derecho a la propiedad (Art. 1), el derecho a la instrucción (Art. 2) y la obligación para los estados de organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto (Art. 4) y el cuarto protocolo<sup>119</sup> de 16 de septiembre de 1963 prescribe la prohibición de privación de libertad por la única razón de no poder cumplir una obligación contractual (Art. 1), el derecho a la libre circulación en el país de residencia y a abandonar cualquier país,

---

*Droit au respect de la vie privée et familiale*"; "Article 9. *Liberté de pensée, de conscience et de religion*"; "Article 10. *Liberté d'expression*"; "Article 11. *Liberté de réunion et d'association*"; "Article 12. *Droit au mariage*".

<sup>119</sup> Disponible en: Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

incluso el propio (Art. 2), la prohibición de expulsión de un ciudadano propio o su no admisión en el territorio del que es nacional (Art. 3) y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (Art. 4).

El CEDH “es un tratado internacional abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa. Firmar un tratado internacional es un gesto de fe por parte de un jefe de Estado (o de uno de sus representantes), en el contenido del tratado<sup>120</sup>”. Pero el tratado solo es vinculante para dichos Estados a partir del momento en el que ha sido ratificado<sup>121</sup>.

Esto significa generalmente, que el parlamento debe aprobar la firma del tratado y después tomar las medidas necesarias para aplicarlo en su país.

Un mínimo de diez Estados tuvieron que firmar y ratificar el CEDH antes de que sus disposiciones entraran en vigor.

Desde 1950, para responder a la evolución de las circunstancias y de las necesidades, el CEDH ha sido modificado y completado doce veces por una serie de protocolos (termino jurídico utilizado en derecho internacional). Es preciso que un número mínimo de Estados miembros firme y ratifique el protocolo para que pueda entrar en vigor”.

---

<sup>120</sup> Cfr. página web del Consejo de Europa, disponible en: <[http://www.coe.int/T/ES/Com/About\\_Coe/Brochures/ES\\_HRedusheets.asp#TopOfPage.mht](http://www.coe.int/T/ES/Com/About_Coe/Brochures/ES_HRedusheets.asp#TopOfPage.mht)>.

<sup>121</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

Como pone de manifiesto el catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Autónoma de Madrid, MARTÍN SÁNCHEZ<sup>122</sup>, “el elenco de los derechos garantizados en el Convenio es menos amplio que el contenido en la Declaración Universal. En efecto, mientras que aquél menciona sólo los ligados a las libertades políticas tradicionales, ésta contiene además los derechos económicos y sociales”.

MARTÍN SÁNCHEZ defiende que la libertad religiosa “no planteó especiales problemas de discusión durante los trabajos preparatorios del Convenio”.

Además, el profesor menciona la ausencia de *binding power* (obligatoriedad) de la Declaración Universal “propia de los tratados internacionales, mientras que el Convenio y los Protocolos Adicionales tienen carácter obligatorio para los Estados Contratantes.”<sup>123</sup>,

Por su parte, la Carta Social Europea<sup>124</sup> recoge los principales derechos de carácter económico y social y, a diferencia de lo que ocurre en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no establece un sistema judicial de control del cumplimiento por parte de los Estados de sus principales disposiciones.

---

<sup>122</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 12.

<sup>123</sup> Cfr. *idem, ibidem*. pp. 12 y ss.

<sup>124</sup> *Idem, ibidem*.



Entre los derechos de la segunda generación más importantes contenidos en la Carta Social Europea figuran, entre otros, el derecho a: el *trabajo* (art. 1), *organizarse para la defensa de intereses económicos y sociales* (art. 5), la *negociación colectiva* (art. 6), la *seguridad social* (art. 12), la *asistencia social y médica* (art. 13), la *protección social, jurídica y económica de la familia* (art. 16), y la *protección y asistencia por parte de los trabajadores migrantes y sus familias* (art. 19).

De estos siete artículos, los Estados Partes tienen que aceptar al menos cinco de ellos y no menos de diez de los derechos recogidos en toda la Parte II de la Carta. Se trata así de un sistema *flexible*, que no obliga al Estado a aceptar todos los derechos de la Carta<sup>125</sup>.

En cambio, el único sistema de protección que se va a establecer es un sistema de informes que tienen que presentar los Estados sobre cómo están llevando a cabo las disposiciones de la Carta<sup>126</sup>.

Tras el examen de cada informe por un Comité de Expertos independientes, éste envía sus conclusiones al Comité Social del Consejo de

---

<sup>125</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 19 y ss.

<sup>126</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

Europa, quien las revisa y presenta sus propias conclusiones ante la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>127</sup>.

Este último es quien formula las recomendaciones a cada Estado Parte.

Como vemos, se trata de un mecanismo sumamente débil, con un grado mínimo de control y presión sobre los Estados en cuanto a los derechos económicos y sociales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha instaurado uno de los sistemas de control y de supervisión de los derechos humanos más evolucionados que existe hasta la actualidad, con un órgano de naturaleza jurisdiccional, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, con sede en Estrasburgo, como auténtico árbitro del sistema.

---

<sup>127</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 19 y ss.

## 1.6. El sistema del Consejo de Europa: la protección judicial

El sistema europeo para la protección de los derechos humanos, en el ámbito del Consejo de Europa, es el sistema regional más antiguo<sup>128</sup>.

Ello viene motivado fundamentalmente por la relativa homogeneidad política de los Estados europeos y por su avance alcanzado en el campo de los derechos humanos<sup>129</sup>.

El sistema comenzó su andadura en 1950, con la aprobación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* - CEDH, instrumento destinado a la protección de los derechos civiles y políticos.

Por su parte, los derechos de carácter socioeconómico tuvieron que esperar hasta 1961<sup>130</sup>, año en el que se adoptó la *Carta Social Europea*. Además, los mecanismos de protección establecidos en uno y otro Convenio van a ser notablemente diferentes.

MARTÍN SÁNCHEZ manifiesta que “a diferencia de la Declaración Universal, el Convenio instauro un sistema de garantías judiciales

---

<sup>128</sup> Cfr. Buergenthal, T, Shelton, D. and Stewart, D. *International Human Rights in a Nutshell* (3rd Edition) (Nutshell Series). West Group Publishing Co 2nd Reprint, 2004, pp. 223 y ss.

<sup>129</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>130</sup> *Idem, ibidem*.

internacionales para controlar la efectividad de los derechos y libertades reconocidos en el mismo<sup>131</sup>.”

En efecto, el Convenio Europeo tiene unos mecanismos de protección. Para lo que se crearon dos órganos: la Comisión Europea de los Derechos del Hombre y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre. Además, conforme el art. 54 del Convenio, el Comité de Ministros vigilará su ejecución<sup>132</sup>.

A pesar de que la Comisión Europea de Derechos Humanos se hizo obsoleta en 1998 con la reestructuración de la Corte de Derechos Humanos, tuvo un rol muy importante ayudando a la Corte Europea de Derechos Humanos desde el 1953 al 1998.

Los miembros de la Comisión eran elegidos por el Comité de Ministros y cumplían un cargo de seis años (durante el cual actuaban independientemente, sin lealtad a ningún estado en particular). Su rol era considerar si una solicitud era admisible para la Corte.

En caso de que así fuera, la Comisión examinaba la solicitud para determinar los detalles del caso y buscar interesados que ayudaran a resolver el caso de modo amistoso. Si no podía llegarse a un acuerdo amistoso, la

---

<sup>131</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 13.

<sup>132</sup> Más detalles en el apartado siguiente concerniente al margen de apreciación estatal en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Comisión emitía un informe sobre los hechos establecidos con una opinión sobre una posible existencia de violación. Un Comité de tres personas determinaba la admisibilidad de la solicitud. Para decisiones difíciles, una Cámara de siete personas se ocupaba del asunto.

El TEDH es un órgano jurisdiccional en sentido pleno y estricto<sup>133</sup>. Su actuación rige los principios que caracterizan un proceso judicial en un sistema democrático (principio de publicidad, etc.).

Según BUERGENTHAL, SHELTON y STEWART<sup>134</sup>, el TEDH actúa en Pleno, Gran sala y Sala. El Pleno está integrado por la totalidad de magistrados y no desarrolla funciones jurisdiccionales, es el órgano de gobierno del TEDH. Dentro de sus funciones está elegir al Presidente del Tribunal, elegir a los vicepresidentes, constituir las salas, y elegir a sus presidentes. Lo importante es que es un órgano del gobierno, no un órgano jurisdiccional.

Las Salas son los órganos jurisdiccionales ordinarios del TEDH, es decir, son los órganos que deciden tanto la admisión como el fondo de los asuntos<sup>135</sup>. La Sala actúa dentro de la sección.

La Gran Sala<sup>136</sup> conoce recursos, compuesta por 17 jueces incluyendo los presidentes, vicepresidentes, etc. y el resto son elegidos por sorteo. La Gran

---

<sup>133</sup> Cfr. Buergenthal, T, Shelton, D. and Stewart, D. *International Human Rights in a Nutshell* (3rd Edition) (Nutshell Series). West Group Publishing Co 2nd Reprint, 2004, pp. 223 y ss.

<sup>134</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>135</sup> *Idem, ibidem*.

Sala conoce los asuntos que le eleva la Sala tras inhibirse y los recursos frente a las decisiones de las Salas. Es como una Segunda Instancia singular porque está muy tasada en la entrada en la Segunda Instancia tiene que ser un supuesto de gran importancia, de alcance general, o que sea cuestión grave o propuesta de modificación de la jurisprudencia del tribunal. El que determina si se admite o no la solicitud de recurso es el Colegio de cinco jueces.

Los mecanismos de control del cumplimiento del Convenio por parte de los Estados<sup>137</sup> son básicamente tres:

a) Los *informes* que, a requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, todo Estado miembro deberá suministrar dando las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio. Se trata de un mecanismo de escasa relevância;

b) Las *demandas interestatales*, o denuncia de uno o varios Estados miembros contra otro por incumplimiento del Convenio. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, en el Convenio Europeo sí ha tenido

---

<sup>136</sup> Cfr. Janis, M, Kay, R. y Bradley, A. *European Human Rights Law (Text and Materials)*, Oxford University Press, London, 2000, pp. 64 y ss.

<sup>137</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

relevancia en determinados casos, como el de la demanda de varios países contra Grecia por el golpe de Estado de los coroneles y las consiguientes violaciones de derechos humanos, o la de Irlanda contra Gran Bretaña por las técnicas de interrogatorio utilizadas con miembros del IRA, calificadas por el Tribunal de Estrasburgo como actos de malos tratos;

c) Las *demandas individuales*, que constituyen el mecanismo más importante mediante el que cualquier persona, Organización No Gubernamental – ONG o grupo de particulares que se consideren víctima de una violación de sus derechos humanos puede plantear una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las demandas individuales son primero examinadas para comprobar que cumplen los requisitos de admisibilidad, entre otros<sup>138</sup>:

a) el haber agotado los recursos en su propio país;

---

<sup>138</sup> Cfr. Janis, M, Kay, R. y Bradley, A. *European Human Rights Law (Text and Materials)*, Oxford University Press, London, 2000, p. 68: "*Before the Court may hear a case, the procedures set forth in Articles 48 and 50 shall have been completed. The procedures referred to are those that govern the disposition by the Commission of cases submitted to it by states or individuals charging violations of the Convention*".

- b) no haber sometido el caso a otra instancia internacional de investigación o arreglo;
- c) y que la demanda se presente en los seis meses siguientes a la fecha de resolución definitiva en el ámbito interno.

Una vez admitida la demanda, pasa a una Sala compuesta por siete jueces, que buscarán un arreglo amistoso entre la víctima y el Estado demandado<sup>139</sup>, en cuyo caso dictarán una resolución recogiendo el acuerdo.

En caso contrario, se inicia un procedimiento contencioso que acaba con una *sentencia definitiva* y de *obligado cumplimiento* para el Estado, que no puede prescindir su ejecutividad.

El órgano que vela por este cumplimiento es el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano compuesto por los Ministros de Asuntos Exteriores de los países miembros del Consejo de Europa.

Los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desempeñan un papel fundamental en el sistema europeo. Además de su *vinculatoriedad* para los Estados, ejercen una influencia cada vez mayor en la jurisprudencia de los tribunales internos en materia de derechos humanos. Por otro lado, como fruto

---

<sup>139</sup> Cfr. Janis, M, Kay, R. y Bradley, A. *European Human Rights Law (Text and Materials)*, Oxford University Press, London., 2000, pp. 69 y ss.



de algunas de las sentencias del TEDH, se han llevado a cabo modificaciones legislativas importantes en alguno de los Estados miembros del Convenio Europeo.

Además de la función contenciosa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también puede llevar a cabo una función de *carácter consultivo* en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos que le sean sometidos<sup>140</sup>.

Según MARTÍN SÁNCHEZ<sup>141</sup>, “en virtud del *principio de subsidiariedad*, el Convenio no pretende reemplazar a los mecanismos estatales de protección de los derechos humanos, sino que se constituye como una garantía internacional suplementaria de éstos”, conforme preconiza el art. 13 del Convenio, *in verbis*: “**Article 13. Droit à un recours effectif**: *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l’octroi d’un recours effectif devant une instance nationale,*

---

<sup>140</sup> Cfr. Janis, M, Kay, R. y Bradley, A. *European Human Rights Law (Text and Materials)*, Oxford University Press, London., 2000, pp. 69 y ss.

<sup>141</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 15.

*alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.*<sup>142</sup>”

Es importante decir que la libertad religiosa se encuentra regulada en el artículo 9 del Convenio<sup>143</sup>, *literis*: “**Article 9 . Liberté de pensée, de conscience et de religion.** 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui”.

El tema de la doctrina del margen de apreciación estatal en la ejecución de los fallos del Tribunal de Estrasburgo, analizado en su respectivo apartado *infra*, es imprescindible para el entendimiento del objetivo del presente trabajo.

---

<sup>142</sup> Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

<sup>143</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

### **1.7. El margen de apreciación estatal en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Es importante mencionar el problema del margen de apreciación estatal en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH en los ordenamientos jurídicos internos, ya debatido abundantemente por la doctrina tiempo atrás y que hace referencia a las dificultades que existen para obtener la plena eficacia del Convenio Europeo de Derechos Humanos - CEDH.

En efecto, el tema del *margen de discrecionalidad y apreciación respecto de la ejecución de los fallos del TEDH* **no se confunde** con la problemática de la *doctrina del margen de apreciación del Tribunal de Estrasburgo* que se deja a los Estados para efectuar *restricciones a derechos fundamentales* en casos que pongan en riesgo la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y prevención de las infracciones penales, protección de la salud o de la moral, y protección de los derechos y las libertades de los demás, aunque sea importante para la comprensión del objeto de estudio del presente trabajo.

El gran problema que plantean sobre los fallos del Tribunal de Estrasburgo es que son sentencias *obligatorias*, pero *no son sentencias ejecutivas*.

Con ello queremos recordar, en primer lugar, que el Consejo de Europa es una organización internacional y no supranacional, y, en segundo lugar, que, de los 44 países que están en el Consejo, hay una pluralidad de situaciones<sup>144</sup>.

La singularidad más importante es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tiene instrumentos ejecutivos propios y no puede obligar a los Estados a que ejecuten la sentencia, eso depende de cada Estado miembro y el incumplimiento no es sancionado jurídicamente<sup>145</sup>.

Lo mismo sucede con las medidas cautelares, se pueden solicitar al TEDH la adopción de medidas cautelares, pero el TEDH lo único que puede hacer es sugerir al Estado que las adopte, pero no puede obligarlo, depende de la voluntad de los Estados. Estos serían los dos pilares débiles del TEDH<sup>146</sup>.

Como manifiesta la Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid, IZQUIERDO SANS<sup>147</sup>, los fundamentos de

---

<sup>144</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 343 y ss.

<sup>145</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>146</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>147</sup> Cfr. Izquierdo Sans, C. "El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STS, 1.a, del 20 de noviembre de 1996". In: *Derecho Privado y Constitución*. Núm 11. Enero-Diciembre 1997. p. 352.

derecho de la sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, se concretan en:

- a) las resoluciones del TEDH sólo tienen naturaleza declarativa según se infiere del propio Convenio de Roma;
- b) el Convenio no atribuye competencia al TEDH para anular sentencias ni ordenar la desautorización de los temas objeto de queja;
- c) las resoluciones del TEDH no tienen efecto directo en el sistema judicial español; y
- d) el TEDH no es un órgano judicial supranacional ni tampoco un Tribunal nacional de última instancia.

Según IZQUIERDO SANS, el éxito o la eficacia de cualquier regulación que se realice, vendrá siempre determinada por las técnicas y procedimientos que conviertan en jurídicamente exigible el cumplimiento de las

normas, lo que inevitablemente se traduce en la existencia de unos controles judiciales que den lugar a *sentencias definitivas y de obligatorio cumplimiento*<sup>148</sup>.

Conforme IZQUIERDO SANS, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* incorpora, entre otros mecanismos, "una instancia judicial que tiene como misión vigilar el cumplimiento del texto convencional<sup>149</sup>". Se trata del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH, del que emanan sentencias cuyas características vienen definidas en los arts. 52, 53 y 54 del Convenio.

Estos preceptos disponen que: primero, las sentencias del Tribunal serán definitivas, es decir, no recurribles ante una instancia superior (art. 52); segundo, las Altas Partes contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte (art. 53), es decir, serán obligatorias; y tercero, la sentencia del Tribunal será trasladada al Comité de Ministros que vigilará su ejecución (art. 54).

Es importante decir que las autoridades del Comité de Ministros no profieren decisiones obligatorias, tan solo manifiestan decisiones de carácter político en sus reuniones.

---

<sup>148</sup> Cfr. Izquierdo Sans, C. "El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STS, 1.a, del 20 de noviembre de 1996". In: *Derecho Privado y Constitución*. Núm 11. Enero-Diciembre 1997. p. 354.

<sup>149</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Sin embargo, el Comité Director para los Derechos Humanos del Comité de Ministros adoptó en mayo de 2004 un tratado (el Protocolo 14) que incorpora propuestas de reforma del Tribunal, garantizando un mejor cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos por los Estados miembros y medidas correctivas nacionales efectivas para las violaciones del CEDH, permitiendo que la Unión Europea se convierta en parte del convenio. El Protocolo 14 entrará en vigor una vez que todos los Estados Parte del Convenio lo hayan ratificado<sup>150</sup>.

IZQUIERDO SANS enseña que, a partir de la existencia de una instancia judicial como el TEDH que genera sentencias – supuestamente – definitivas y obligatorias, la situación más espinosa para el sistema se presenta cuando, en orden a comprobar su eficacia, "se analiza la ejecución de las sentencias en el ámbito interno de los Estados que han sido declarados infractores de sus obligaciones convencionales"<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002. p. 36, un detallado examen de la composición y el funcionamiento del Comité de Ministros, antes de la reforma llevada a cabo por este Protocolo Adicional, puede verse en Cohen-Jonathan, G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit., pp. 31 y ss. y Jacobs, F.G. y White, C. A., *The European Convention on Human Rights*, cit., pp. 340 y ss.

<sup>151</sup> Cfr. Izquierdo Sans, C. "El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STS, 1.a, del 20 de noviembre de 1996". In: *Derecho Privado y Constitución*. Núm 11. Enero-Diciembre 1997. p. 355 y ss.

En este sentido, debe recordarse que la solución clásica del Derecho Internacional es la de considerar que toda sentencia internacional reviste una naturaleza *meramente declarativa*<sup>152</sup>, cuyos efectos en los ordenamientos estatales son el resultado del ejercicio de competencias internas, pues las sentencias internacionales no anulan los actos del Estado que motivan el ilícito<sup>153</sup>.

Menciona IZQUIERDO SANZ<sup>154</sup> que, sin perjuicio de la obligación genérica del Estado de conformarse y adecuarse a la sentencia, tal posición ha tenido tradicionalmente dos consecuencias que pueden calificarse de graves:

- a) por un lado, se deja al Estado interesado *un amplio margen de discrecionalidad y apreciación* respecto de la ejecución de dicha sentencia, pudiendo incluso llegarse a establecer una mera *reparación*

---

<sup>152</sup> Cfr. Cassese, A. *International Law*. Oxford University, Oxford, 2004, p. 34; Van Dervort, T. *International Law and Organization*, Sage Publications, London, 1998, p. 65; Carter, B. y Trimble, P. *International Law*, Aspen Law & Business, New York, 1999, p. 112; Janis, M. y Noyes, J. *Cases and Commentary on International Law*, West Publishing, St. Paul, 1997, p. 39; Slomanson, W. *Fundamental Perspectives on International Law*, West International Law, Wadsworth, 2000, p. 28.

<sup>153</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>154</sup> Cfr. Izquierdo Sans, C. "El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STS, 1.a, del 20 de noviembre de 1996". In: *Derecho Privado y Constitución*. Núm 11. Enero-Diciembre 1997. pp. 351 y ss.



*equitativa*<sup>155</sup> que sustituya a la ejecución de aquélla en sus términos literales;

- b) por otro lado, si la ejecución de la sentencia es el resultado del ejercicio de *competencias internas*, lógicamente ello supone que la sentencia no podrá ser ejecutada por un órgano ajeno al Estado al que se dirige, es decir, en principio, no cabrá la intervención de ningún órgano internacional para ayudar o forzar la ejecución de la sentencia.

En efecto, en el Convenio de Roma son los arts. 52, 53 y 54 los que se ocupan del tema, aunque a éstos ahora añadiremos el art. 50 del texto convencional.

IZQUIERDO SANZ<sup>156</sup> señala cuestiones importantes: ¿forman el conjunto de estos preceptos - arts. 52, 53, 54 y 50 - un sistema eficaz para garantizar la ejecución de las sentencias del TEDH? y, más concretamente: el

---

<sup>155</sup> Cfr. *idem, ibidem*. Es importante señalar que la posibilidad de una reparación equitativa en el caso de las sentencias del TEDH no sólo se deriva de las reglas generales de Derecho Internacional, sino que está contemplada en el art. 41 del Convenio, aunque es en este supuesto una facultad del propio TEDH y no del Estado infractor. Dispone el mencionado artículo, *inter alia*: "Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una *satisfacción equitativa*".

<sup>156</sup> Cfr. Izquierdo Sans, C. "El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STS, 1.a, del 20 de noviembre de 1996". In: *Derecho Privado y Constitución*. Núm 11. Enero-Diciembre 1997. pp. 352 y ss.

art. 53, que dispone la obligatoriedad de las sentencias, ¿incorpora en su alcance la obligación de adoptar, por el Estado sancionado, el tipo de medidas sustantivas que se pueden presentar como imprescindibles para la ejecución de una sentencia del TEDH?

Como manifiesta el Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Autónoma de Madrid, MARTÍN SÁNCHEZ<sup>157</sup>, la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "depende, en último término de la voluntad de los Estados Contratantes que, en razón de la obligatoriedad de aquéllas, deben adoptar en sus ordenamientos las medidas necesarias para que surtan efectos".

Aunque sean meramente declarativas, es imprescindible decir que el TEDH se ha convertido en "controlador último del derecho comunitario"<sup>158</sup>, influyendo la jurisprudencia del TEDH "decisivamente sobre las jurisdicciones nacionales"<sup>159</sup>, "extendiendo su peso "jurídico y moral por toda Europa"<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 40.

<sup>158</sup> Cfr. Rodríguez Bereijo, A. *apud* Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares: Granada, 2002, p. 80.

<sup>159</sup> Cfr. Sáiz Arnáiz, A. *apud idem, ibidem*.

<sup>160</sup> Cfr. Bujosa Vadell, L. M *apud idem, ibidem*.

En efecto, una vía de incorporación de los estándares del sistema del Consejo de Europa, plasmado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los ordenamientos locales o nacionales resulta del impacto de las decisiones y la jurisprudencia del TEDH en la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Es importante señalar que los estándares del TEDH han sido receptados por numerosas decisiones de los tribunales nacionales en materias muy diversas, que han contribuido a enriquecer la jurisprudencia constitucional de varios países de la UE, estableciendo una suerte de diálogo entre los tribunales locales y el TEDH.

Algunos autores señalan que este proceso ha dado lugar a una creciente internacionalización del derecho constitucional en los países de la UE<sup>161</sup>.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, para garantizar un *mejor* cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos por los Estados miembros y medidas correctivas nacionales efectivas para las violaciones del CEDH, partiendo de la inexistencia en los ordenamientos jurídicos internos de una norma que observe la ejecución de sentencias internacionales, tenemos como posible solución la adopción de una *ley ad hoc* en dichos ordenamientos que permita directamente la ejecución de las sentencias del TEDH, estableciendo la revisión del acto o sentencia que haya infringido la

---

<sup>161</sup> Cfr. Cameron, I. National Security and the European Convention on Human Rights. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 34.

Convención, en efecto, una declaración de nulidad y la emisión de un acto o sentencia nueva.

Así, sentencias de los ordenamientos jurídicos internos contrarias al CEDH serían anuladas, siendo invalidados los actos del Estado contrarios a la Convención de Roma y a los intereses de todos los Estados que han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Es importante decir que, en la práctica, algunos ordenamientos jurídicos en Europa que habían otorgado solución al problema habían ido por ese camino.<sup>162</sup>

Yendo más allá del terreno de las meras declaraciones formales - cuyo alcance y cuyo significado sería necio poner en duda - tenemos la impresión de que el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a través sobre todo de su garante más cualificado, el Tribunal de Estrasburgo, ocupa un lugar significativo en el sistema de protección universal de los derechos fundamentales.

En efecto, los fallos de Estrasburgo son objeto de enorme atención por parte de los ordenamientos internos europeos, en cuyas decisiones son citadas

---

<sup>162</sup> El ordenamiento jurídico belga, por ejemplo, ya ha acogido tal solución para la ejecución de las sentencias internacionales, a través de que sea la Corte de Casación belga la que anule las sentencias internas contrarias a la Convención de Roma.

con frecuencia. Cada vez con mayor frecuencia, los jueces nacionales reflejan en sus sentencias la doctrina de las sentencias de Estrasburgo.

De hecho, aunque existen críticas sobre la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales, es importante señalar que sí, su existencia es imprescindible y su eficacia es evidente.

Ninguna duda me cabe de su carácter de Tribunal, por así decir, de solemnidad, que nada tiene que ver con ideas como la del juez natural, juez ordinario o juez predeterminado por la ley.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo no es un tribunal ordinario. Es un tribunal sólo para supuestos solemnes, en el sentido de decantados y escogidos.

Me parece decisiva la tarea de acercar la justicia a los justiciables. Pero eso reza, sobre todo, con los tribunales ordinarios y, desde luego, con los tribunales nacionales.

Y a esa tarea puede contribuir enormemente, y de hecho está contribuyendo con gran fuerza, un tribunal de solemnidad como el de Estrasburgo.

No obstante, por la vía indirecta, sobre todo. Sólo en muy contados supuestos, de manera directa.

De hecho, no creemos que sea una ostentación para Europa mantener un tribunal de solemnidad.

No sólo con un enorme prestigio, sino sobre todo que no esté desbordado de asuntos, condición *sine qua non* para que pueda seguir funcionando con la altura que hasta ahora le caracteriza.

En efecto, es importante habilitar, por principio, una segunda instancia, pero si se cuenta con los Tribunales de Casación, con los Tribunales Constitucionales y si se abren las puertas del Tribunal de Estrasburgo, estaríamos en vías de normalizar, como regla, una tercera, una cuarta y una quinta opción jurisdiccional, que no creo, en verdad, que sea lo más adecuado para el recto hallazgo de la justicia.

Como regla me parece lo más adecuado forzar a que la defensa de los derechos fundamentales sea asumida por los tribunales nacionales (excluyendo obstáculos, facilitando los pronunciamientos sobre el fondo, combatiendo las discriminaciones por razón de las condiciones económicas y a través de tantos otros remedios).

Es importante señalar que cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos.

La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial y una

abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización.

En este contexto, las instituciones que se ocupan de la administración de justicia deben estar adecuadamente financiadas, y la comunidad internacional debe prever un nivel más elevado de asistencia técnica y financiera.

Incumbe a las Naciones Unidas establecer, con carácter prioritario, programas especiales de servicios de asesoramiento para lograr así una administración de justicia fuerte e independiente para todos.

Los legisladores ordinarios han sido cada vez más celosos para cuidar que sus regulaciones nacionales casaran con la letra y el espíritu del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* para calibrar la eficacia del Convenio y su mundo de garantías.

Medidas importantes han sido adoptadas a través de protocolos que han mejorado el sistema europeo de protección a los derechos fundamentales.

El protocolo 14 fue responsable por la abolición del lento y espeso filtro (la Comisión de Derechos Humanos) que, hasta 1998, conducía al Tribunal de Estrasburgo (ver anexo I - Esquema-Resumen del Funcionamiento del Sistema Europeo de Derechos Humanos hasta 1998).

De hecho, en los días de hoy, depende exclusivamente de los ciudadanos el acudir directamente ante el Tribunal.



## II. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL

### 2.1. La doctrina del margen de apreciación estatal y sus peligros

La doctrina del Margen de Apreciación fue por primera vez elaborada explícitamente por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* en un caso de libertad de expresión, el caso *Handyside*<sup>163</sup>, analizado en apartado posterior, en el que se justificó el reconocimiento de un amplio margen de apreciación de las autoridades nacionales, en función de la imposibilidad de identificar una concepción común sobre ciertos valores morales.

En otro caso sobre libertad de expresión, el caso *Sunday Times*, la Corte especificó que la amplitud del margen de apreciación depende del fin que se persiga con la restricción impuesta<sup>164</sup>.

En el caso mencionado, se estimó que la protección de la autoridad e imparcialidad del poder judicial era una noción más o menos objetiva que justificaba un menor margen de apreciación para las autoridades nacionales<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> Cfr. "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit común en gestation", In : *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, 2001 p. 43.

<sup>164</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>165</sup> *Idem, ibidem*.

La aplicación de la *doctrina del margen de apreciación* es, en los días de hoy, una tendencia en el ámbito internacional – principalmente en Europa. Incluso la Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission*), en los *Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*<sup>166</sup> invoca el amplio concepto de derogación de prerrogativas fundamentales basada en la *necesidad* (estados de emergencia que "amenazan la vida de la nación") y discreción estatal.

Aunque los mencionados artículos no ostentan carácter vinculante (*binding power*), no sería contraproducente afirmar que el trabajo de dicha comisión influencia el proceso de elaboración jurídica de declaraciones y convenciones internacionales.

No obstante, debemos analizar - despojados de criterios axiológicos irracionales provistos de prejuicios o tendenciosos - la *esencia*, el *concepto*, la *naturaleza* de la doctrina del *Margen de Apreciación* para que comprendamos los peligros que puede representar para el futuro del *Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos*.

En efecto, desde la ciencia del derecho internacional se reconoce en los días de hoy lo que se denomina un "margen nacional de apreciación", doctrina nacida en la *Comisión Europea de Derechos Humanos*, adoptada por el

---

<sup>166</sup> *Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*. Disponible en: <[www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf](http://www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf)>.

*Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH) y utilizada también por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984<sup>167</sup>).

Su esencia es garantizar, conforme DELMAS-MARTY<sup>168</sup>, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en determinadas decisiones como la derogación de derechos fundamentales en casos de guerra y en situaciones albergadas por el amplio y peligroso concepto en que "la vida de la nación está en peligro".

Sin embargo, no se puede negar que parte de la doctrina internacional considera el tema muy delicado, considerando el hecho de que la utilización del margen de apreciación no sería – supuestamente – consistente con la noción de derechos fundamentales.

La propia razón de ser de los tratados internacionales de derechos humanos es el ser humano, el individuo como objetivo central, dotado de

---

<sup>167</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización". Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N 4. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1984.

<sup>168</sup> Cfr. "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit común en gestation", In : *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, pp. 79 y ss.

derechos y prerrogativas, al contrario de los principales sujetos del derecho internacional público, los Estados<sup>169</sup>.

La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo defienden que el término "margen de apreciación" puede ser encontrado en tres contextos distintos<sup>170</sup>:

- a) casos concernientes a determinadas libertades y derechos (incluso los conocidos derechos referentes al "*due process*", garantizados por los artículos 5 y 6 del Convenio, los derechos de libertad personal de los Artículos 8-11 y el Derecho a la propiedad consubstanciado en el Artículo 1 del Primer Protocolo);
- b) no-discriminación basado en el Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos – CEDH;

---

<sup>169</sup> Cfr. Arai, Y. [et al.], *literis*: "*The problem of the Margin of Appreciation: there is a serious question whether the application of the margin of appreciation is consistent with the notion of human rights. The idea of international human rights treats individuals as central and purports to give them "rights" as against the principal subjects of public international law, the states. This means that there are protected fields of individual autonomy, in the light of which there does not appear to be room for a notion such as the margin of appreciation*". In: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* / editors Pieter van Dijk ... [et al.], 4th ed. - Antwerpen ; Oxford : Intersentia, 2006. pp. 45 y ss.

<sup>170</sup> Cfr. "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit común en gestation", In : *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001. p. 56.

- c) derogación en un estado de emergencia u otro caso que ponga en riesgo la vida de la nación, según el Artículo 15 de dicho Convenio<sup>171</sup>.

El presente trabajo analizará con más profundidad la doctrina del margen de apreciación en casos concernientes a determinadas libertades y derechos (libertad religiosa, en concreto) y en casos de *derogación/limitación* de prerrogativas fundamentales en un estado de emergencia o de *otro peligro público que amenace la vida de la nación* en razón de *moral* (v.g. caso Smith Grady contra el Reino Unido), *orden público y seguridad nacional* (i.e. casos Leyla Sahin y Karaduman y Tandogan contra Turquía), intereses de los menores, intereses de la justicia y protección de la vida privada.

En efecto, en algunos casos de libertad religiosa, cuyos fallos se basan y reiteran la doctrina del margen de apreciación estatal del Tribunal de Estrasburgo, como, por ejemplo, casos sobre el uso de símbolos religiosos, los contextos mencionados en los apartados a) y c) supra se mezclan pues, según

---

<sup>171</sup> En este sentido, Howard Yourow, cuando afirma: “*The first category of cases to which the Strasbourg organs applied margin principles are those cases dealing with national derogations from Convention guarantees in emergency situations under Article 15. A second category of cases, encompassing other Convention Articles, especially 5 and 6 (criminal and civil due process), are those in which the European organs, while still retaining supervisory behavior, begin to resemble a mature national reviewing court, and cross the threshold to a more fully developed judicial review function. The third category of cases arises out of the “Personal Freedoms” Articles 8-11, 1 and 2 of Protocol I, and 2 of Protocol IV) containing clauses expressly limiting the rights and freedoms which they guarantee*”. In: Yourow, H. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Springer, 1996, pp. 162 y ss.

los jueces, el uso de símbolos religiosos pone en riesgo la laicidad de un país, siendo, según ellos, presupuesto imprescindible de la *democracia* de un Estado y del orden público y, consecuentemente, de la preservación de "la vida de la nación".

No obstante, tal y como el Tribunal ha señalado en la sentencia *Kokkinakis contra Grecia*, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 del Convenio) *también* representa uno de los pilares de una *sociedad democrática* en el sentido del Convenio<sup>172</sup>.

Es importante enfatizar que la doctrina del margen de apreciación estatal se encuentra plasmada en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *inter alia*: "En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en lo que exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra, y a los artículos 3,4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este

---

<sup>172</sup> Para un mayor detenimiento sobre el tema: Cerdas Cruz, R.; Nieto Loaiza, R. (org.). *Estudios Básicos de Derechos Humanos Internacionales*. San José de Costa Rica, IIDH, 2004, pp. 23 y ss.

derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación<sup>173</sup>".

En este contexto, enseña JEAN DUPUY<sup>174</sup>: *"En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, la Cour reconnaît que les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence, par exemple, d'un danger public, comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer en application de l'article 15 de la Convention. Pour autant, la marge nationale d'appréciation s'accompagne d'un contrôle européen, dans la mesure où les Etats ne disposent pas d'un pouvoir illimité dans ce domaine et leur marge d'appréciation demeure sous le contrôle de la Cour. En effet, l'étendue de la marge d'appréciation est fonction des circonstances de temps et de lieu et c'est la Cour qui fixe les limites du pouvoir discrétionnaire des Etats: à une*

---

<sup>173</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

<sup>174</sup> Cfr. Jean Dupuy, R. *Manuel sur les organisations internationales*. 2nd ed. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, p. 145.

*liberte d'appréciation moins discrétionnaire de l'Etat correspond un contrôle plus poussé de la Cour."*

En el derecho francés, la teoría de las "circunstancias excepcionales" fue fuertemente influenciada por la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* desarrollada en la Primera Guerra Mundial, sobretudo en el caso *Heyries* de 28 de junio de 1918, que afirmó el derecho de las autoridades públicas de garantizar la existencia del Estado "en cualquier circunstancia", y en el caso *Dol et Laurent* (28 de Febrero de 1919), que estableció la diferencia de los límites de los poderes de policía en situaciones de paz y guerra, "cuando los intereses de la defensa nacional amplía el fundamento del principio del orden público demandando medidas más rigurosas concernientes a la seguridad del interés público<sup>175</sup>".

Al fin y al cabo, las "circunstancias excepcionales" autorizaban la extensión del poder de restricción en detrimento de las libertades individuales. Una práctica que sería considerada una violación de derechos humanos ya no sería razonada como tal, siendo exonerada por las circunstancias que se caracterizan en el caso concreto como siendo "hechos justificantes<sup>176</sup>".

---

<sup>175</sup> Cfr. Jean Dupuy, R. *Manuel sur les organisations internationales*. 2nd ed. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, pp. 187 y ss.

<sup>176</sup> En ese contexto, Delmas-Marty suscita imprescindibles cuestiones concernientes al artículo 15 del CEDH, y pondera: "*Taken on the most general level, the state of necessity poses the question of whether "necessity makes the law", an idea antithetical to the notion of law viewed as permanent rules which cannot be transgressed. Recognizing that necessity can prevail over*



Existen determinados autores<sup>177</sup> que defienden que el objetivo del margen de apreciación es garantizar un adecuado equilibrio entre *intereses individuales y colectivos*.

Según ellos, el principio fundamental que los órganos de Estrasburgo han acogido en esta materia es la atribución de un amplio margen de apreciación a los Estados parte en la adopción de las medidas a mantener ese equilibrio.

Este criterio del estándar nacional enlaza con la doctrina del Tribunal y la Comisión según la cual las obligaciones de los Estados en relación al Convenio no se limitan a actuaciones de tipo negativo, sino que abarcan aquellas medidas positivas necesarias para garantizar su efectividad.

---

*the law constitutes a veritable negation of the State of law and of the essential guarantees provided thereunder. Does the legalization of the notion of the state of necessity import any contradiction? (...) To what extent is it possible to regulate necessity? The scope of Article 15 must be evaluated. There are no limits on the State's prerogatives, and as such, necessity does not scape the law. Indeed, the problem cannot be resolved in a purely speculative fashion. The very idea of necessity signifies a brutal confrontation with the facts (...) The state of necessity attests a paradox: control of the State's power to restrain rights is all the more necessary since this power is augmented in view of the circumstances, yet because of this increase, such control is all the more difficult to exercise. As such a situation is so eminently political, it cannot be completely mastered by the law. Under such conditions, the importance of Article 15 must not be underestimated. Essential questions are: How do we define the state of necessity? What control is exercised over the measures of exception taken in view of the circumstances? From this perspective, the problem is the same under both domestic and European law". In: Delmas-Marty, M. The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions. Translated by Christine Chodkiewicz. Martinus Nijhoff Publishers, Paris, 1992, pp. 8 y ss. y 300 y ss.*

<sup>177</sup> Cfr. San Martín Segura, D. "La "ecologización" de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos". In: <[www.unirioja.es/dptos/dd/redur/umero3/sanmartin.pdf](http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/umero3/sanmartin.pdf)>.

La atribución de este margen de actuación a los Estados sería, según dichos autores, una *auto-limitación judicial* del Tribunal, justificada:

- a) por un lado, por el carácter subsidiario del Convenio, y, por otro,
- b) por la presunción del mejor conocimiento de la realidad interna referente a cada caso por parte de los Estados.

El TEDH advierte que en modo alguno le corresponde sustituir con su criterio el de las autoridades nacionales en los distintos ámbitos de la política estatal. Por lo que su intervención se limita a la facultad de control.

Finalmente, es importante decir que existen algunas limitaciones que el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* autoriza sobre los derechos que, en nuestra opinión, no deberían prevalecer:

- a) la posibilidad de impetrar *suspensiones/limitaciones* sobre los derechos a un proceso público (en razón de moral, orden público, seguridad

nacional, intereses de los menores, protección de la vida privada, intereses de la justicia<sup>178</sup>);

- b) libertades de opinión, de comunicar y recibir informaciones e ideas (integridad territorial, moral, defensa del orden, seguridad nacional, seguridad pública, prevención del delito, protección de la salud, reputación o derechos de terceros, o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial)<sup>179</sup>;

---

<sup>178</sup> YOUROW preconiza sobre el asunto, *inter alia*: "Admittedly, the Convention organs have shown themselves to be willing to take a public emergency context into account when interpreting the permissibility of state action even when a notice of derogation has not been lawfully filed under Article 15. Nonetheless, the fact that a separate article in the Convention regulates public emergencies logically means that the contracting parties consider that the "ordinary" concepts of "national security" and "public order" cannot justify all the measures which a state may wish to introduce in an emergency. It is also evident that the Court considers that a distinction can still be drawn between a "normal" national security situation and a "public emergency" national security situation. It has ruled in several cases, beginning with *Lawless v. Ireland*, that, provided the measures are necessary, and proportionate, and do not infringe protected (non-derogable) rights or the procedural requirements of the Convention, states are entitled to take drastic measures in accordance with Article 15 to safeguard their safety in a public emergency. But it has not permitted a derogation made only in respect of one geographical area to be applied to another area. Here the "normal" standards of the Convention are to apply, albeit modified by reference to the public emergency context". In: Yourow, H. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Springer, 1996. pp. 130 y ss.

<sup>179</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 355 y ss.

- c) asociación y reunión (defensa del orden, prevención del crimen, seguridad nacional, seguridad pública, protección de la salud y la moral, protección de derechos y libertades de otros<sup>180</sup>);
- d) libertad de circulación (prevención del delito, mantenimiento del orden público, seguridad nacional, seguridad pública, protección de la salud y la moral, protección de derechos y libertades de otros<sup>181</sup>)

Es importante decir que la *suspensión/limitación* de los derechos humanos se encuentra contemplada en algunos instrumentos internacionales<sup>182</sup>, y su prohibición se encontra prevista en algunos dispositivos del Pacto de

---

<sup>180</sup> Cfr. Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, pp. 355 y ss.

<sup>181</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>182</sup> Sobre el tema, pondera el professor Cameron, *verbis*: "I am aware that no hard and fast line can be drawn between "normal" national security situations and public emergencies. The factual situation can being with political tension, moving on to sporadic internal disturbances (riots, etc.) to internal conflict to all-out civil (or international) war. The domestic legal response to this is also on a sliding scale, beginning with a situation in which existing legislation, particularly in the field of criminal procedure, is applied successively more severely, moving through to the *de fact* or *de jure* (promulgation) of a state of emergency whereby special legislation comes into operation by government decree or new legislation is passes. Ultimately, one reaches a situation of chaos in which law is largely or totally ignored. Normal safeguards for civil and political rights could be put out of action long before the official proclamation of a public emergency. Similarly, the international law rules applicable vary depending upon the factual situation. The rules on humanitarian law and international human rights law can either apply successively, the former being seen as *lex specialis* to the latter, or in parallel, whereby the former are used to interpret the latter." In: Cameron, I. *National Security and the European Convention on Human Rights*. The Hague: Kluwer Law International, 2000. pp. 09 y ss.

Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana<sup>183</sup> (analizada en apartado propio).

En *Lawless case*<sup>184</sup>, el Tribunal de Estrasburgo primeramente intentó especificar el significado de la controvertida expresión "*otro caso de peligro público que amenace la vida de la nación*".

En sentencia concerniente al *Lawless case*, el TEDH definió la expresión mencionada *supra* como siendo una situación de un peligro inminente y excepcional que afecta toda la población y que constituye una amenaza para la vida organizada de una comunidad, *inter alia*: "*Whereas, in the general context of Article 15 of the Convention, the natural and customary meaning of the words 'other public emergency threatening the life of the nation' is sufficiently clear; whereas they refer to an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat*

---

<sup>183</sup> Em ese sentido, Martin, C. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia*. In: Martin, C., et al (org.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara / Universidad Iberoamericana / Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University, 2004, pp. 55 y ss.

<sup>184</sup> Sobre el caso mencionado, dispone el profesor Yutaka Arai, *in verbis*: "*In the Lawless case, the Commission allowed the respondent State 'a certain discretion - a certain margin of appreciation (...) in determining whether there exists a public emergency which threatens the life of the nation and which must be dealt with by exceptional measures derogating from its normal obligations under the Convention. (...) The margin of appreciation was subsequently extended beyond the confines of Article 15 and developed and refined in a range of contexts. The first case which refereed to a margin of appreciation outside the context of derogation involved a complaint of forced labour under Article 4 in relation to an obligation under Norwegian law to provide a dental service in a sparsely-populated northern region. Referring to its report in the Lawless case, the Commission drew the analogy of a state of emergency under Article 15 in view of the pressing shortage of dentists in that region'*". In: Arai, Y. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp. Intersentia, New York, 2002. pp. 13 y ss.

*to the organised life of the community of which the State is composed; whereas, having thus established the natural and customary meaning of this conception, the Court must determine whether the facts and circumstances which led the Irish Government to make their Proclamation of 5th July 1957 come within this conception; whereas the Court, after an examination, find this to be the case; whereas the existence at the time of a "public emergency threatening the life of the nation", was reasonably deduced by the Irish Government from a combination of several factors, namely: in the first place, the existence in the territory of the Republic of Ireland of a secret army engaged in unconstitutional activities and using violence to attain its purposes; secondly, the fact that this army was also operating outside the territory of the State, thus seriously jeopardising the relations of the Republic of Ireland with its neighbour; thirdly, the steady and alarming increase in terrorist activities from the autumn of 1956 and throughout the first half of 1957<sup>185</sup>.*

Además de la caracterización de peligro, el Tribunal hizo importante consideración en el hecho de que el peligro debe afectar *la vida organizada de la comunidad*, en otras palabras, en la "sociedad política".

Aunque esa noción debe ser interpretada tomándose en cuenta el Preámbulo de la Convenio Europeo de Derechos Humanos – que, mientras

---

<sup>185</sup> *Lawless case*, §28. Disponible en: <<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/excep/lawless.htm>>.

reafirma el compromiso de los estados europeos con las libertades fundamentales, considera que ellos son mantenidos más efectivamente bajo "una democracia política efectiva" – considero, sin embargo, que bajo esa justificación determinados derechos fundamentales no pueden ser derogados de forma indiscriminada con el aval del Tribunal de Estrasburgo.

Según MARTÍN SÁNCHEZ<sup>186</sup>, catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Autónoma de Madrid, "(...) como ha señalado la Comisión Europea de Derechos Humanos, la necesidad de estas medidas no puede ser considerada en términos absolutos, sino de acuerdo con la concurrencia de varios factores", incluyendo, entre éstos, "la naturaleza del derecho en cuestión, el grado de interferencia, es decir, si ésta es proporcionada al fin legítimo perseguido, la naturaleza del interés público y el grado de protección que necesita según las circunstancias del caso"<sup>187</sup>.

Manifiesta MARTÍN SÁNCHEZ que "por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que los Estados miembros gozan de un

---

<sup>186</sup> Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 124.

<sup>187</sup> Cfr. Decisión 7805/77, en el caso X y la Iglesia de la Cienciología contra Suecia *apud* Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 125.

margen de apreciación en este punto, aunque no ilimitado, y, por tanto, sujeto en último extremo al control de dicho Tribunal.<sup>188</sup>

DELMAS-MARTY<sup>189</sup> afirma que el TEDH es relativamente tolerante al legitimar un estado de necesidad y critica la utilización del artículo 15 del Convenio Europeo.

QUIESTAUX<sup>190</sup>, Relatora Especial sobre Estados de Excepción de las Naciones Unidas, en un informe titulado *Estudio de las consecuencias que los Derechos Humanos sufren en los Estados de Sitio o de Excepción*, precisa el contenido del peligro excepcional de la siguiente forma:

---

<sup>188</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 124.

<sup>189</sup> Cfr. Delmas-Marty, M. *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*. Translated by Christine Chodkiewicz. Martinus Nijhoff Publishers, Paris, 1992, pp. 8 y ss. y 300 y ss. *Literis*: "The Court is relatively tolerant and without doubt insufficiently severe with regard to certain practices (...) The relation of Article 15 to the other provisions of the Convention is difficult to comprehend. Article 15 does not itself establish any specific fundamental right, but rather allows all such rights to be affected (except for those rights for which no derogation is permitted). This is what makes this article so important. Owing to the conjunction existing between this article and which would exempt them from any obligation to comply with European norms; but, it also excludes the control of conformity, and, thus, the absolute preeminence of the European system which would oblige national practices to meet the requirements of the European norms. Thus, such technique appears as a sort of "elastic constraint" which, while legitimating greater severity of criminal law policies, at the same time maintains – or creates – limits that are not to be exceeded. Restraining or legitimating the reason of State – such is the "functional" ambiguity at issue. For it is paradoxically from this "inversion of human rights" which ensues from the interplay of restrictions, exceptions and derogations permitted under the Convention, that there exists both the risk of weakening and the possibility of reinforcing the State of law in Europe".

<sup>190</sup> Cfr. Quiestaux, N. *apud* Rafael Vallenás Gaona, J. "Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano". In: <<http://www.uv.es/~ripj/4raf.htm>>.



- a) que la amenaza afecte la seguridad física de la población;
- b) que afecte la integridad territorial de la nación;
- c) que afecte el funcionamiento de las instituciones públicas.

SAIZ ARNAIZ<sup>191</sup>, defensor de la doctrina en análisis, defiende que el margen nacional de apreciación parte “de la idea subsidiaria sobre la que reposa el Convenio todo”.

Según el autor, las autoridades nacionales, “mejor conocedoras de la propia realidad”, se encuentran en la posición óptima para garantizar la aplicación del Convenio y de las limitaciones que éste posibilita.

Conforme SAIZ ARNAIZ, gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de su país, las autoridades estatales se encuentran en principio mejor colocadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido de las exigencias del orden público europeo y sobre la necesidad de una medida injerente.

---

<sup>191</sup> Cfr. Saiz Arnaiz, A. "El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía Internacional de los Derechos". Disponible en: <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/alejandrosaiz.pdf>>.

Aún según el autor<sup>192</sup> mencionado *supra*, las restricciones a los derechos convencionales deben perseguir alguno de los “fines legítimos” tasados por el CEDH. Se trata, según SAIZ ARNAIZ, en todos los casos, de nociones reconducibles a la categoría de orden público: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención de las infracciones penales, protección de la salud o de la moral, protección de los derechos y las libertades de los demás<sup>193</sup>.

Recuerda SAIZ ARNAIZ que “medidas restrictivas admisibles en un país, pueden no serlo en otros”, mencionando como ejemplo reciente del caso Podkolzina, de 9 de abril de 2002, en el que el Tribunal parece reconocer que la exigencia de acreditar un elevado conocimiento de la (única) lengua oficial para poder concurrir como candidato a las elecciones parlamentarias supone una injerencia al derecho a elecciones libres (Art. 3, Protocolo 1) admisible en ciertas circunstancias como las que concurren en la realidad de un Estado como Letonia, pero que no lo sería en defecto de esa singular realidad (a los efectos

---

<sup>192</sup> Cfr. Saiz Arnaiz, A. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía Internacional de los Derechos”. Disponible en: <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/alejandrosaiz.pdf>>.

<sup>193</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

de la aplicación del artículo 3, toda ley electoral debe apreciarse siempre a la luz de la evolución política del país)<sup>194</sup>.

Así las cosas, concluye el Tribunal, “la obligación de un elevado conocimiento de la lengua letona resulta justificable a tenor de consideraciones de orden histórico y político que son propios<sup>195</sup>”.

Interesante observar que el TEDH efectivamente confiere extrema relevancia a todo lo que concierne a valores democráticos como elecciones y, en el caso concreto mencionado, a la lengua, relacionada al proceso electoral y, por lo tanto, a la *democracia*.

Al fin y al cabo, SAIZ ARNAIZ reconoce, *in verbis*: “El Tribunal [TEDH] es en ocasiones *poco claro o incluso contradictorio* en el manejo de su doctrina; que en alguna oportunidad incluso ha dejado pura y simplemente de explicar porqué la medida nacional restrictiva era compatible con el CEDH, limitándose a remitirse al margen de apreciación o, en fin, que ha evolucionado, sin aclararlo suficientemente, en la intensidad de la aplicación de esta doctrina a ciertos derechos convencionales<sup>196</sup>”.

---

<sup>194</sup> Cfr. Saiz Arnaiz, A. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía Internacional de los Derechos”. Disponible en: <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/alejandrosaiz.pdf>>.

<sup>195</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>196</sup> *Idem, ibidem*. Sobre el tema, Arai, Y. analiza el supuesto aspecto “demasiado amplio” del margen de apreciación, *inter alia*: “*The question is whether the discretion left to the national authorities is not too wide. It cannot be assumed that the Convention contains vague or unclear*

LETSAS, notorio crítico de la doctrina del Margen de Apreciación, en artículo publicado por el periódico de la *Universidad de Oxford*, defiende que la doctrina en cuestión posee una doble perspectiva conferida por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, y una de ellas es aplicada, efectivamente, en casos que presentan la derogación de un derecho garantizado por el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Preconiza Letsas<sup>197</sup>: "*The doctrine of the margin of appreciation that the European Court of Human Rights has developed in its case law has given rise to considerable criticism. In this article I draw a distinction between two different ways in which the Court has used the doctrine. The first one is in cases where the Court has to decide whether a particular interference with a Convention freedom is justified. In answering that question, the Court of ten uses the label 'margin of appreciation' without drawing on a substantive theory of rights that can justify the conclusion reached. The second use appears in cases where the Court refrains explicitly*

---

*expressions, to which for a given case the Strasbourg organs – which after all are organs established by the Convention to ensure the observance of its provisions – cannot independently give a sufficiently concrete meaning. That assumption would give rise to a situation that would be unacceptable in the light of the whole system of the Convention, that the meaning of those expressions would be largely determined by the law or conduct of each individual State or by the standard derived from a comparison on that point between the contracting States. Since it is the task of the Commission and the Court "to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the present Convention", the conduct of the contracting States has to be reviewed not for its conformity with national law and with the views of the national authorities, but for its conformity with the norms of the Convention, the meaning of which must at least to some extent be determined independently of those national laws or views". In: Arai, Y. [et al.]. Theory and practice of the European Convention on Human Rights/ editors Pieter van Dijk ... [et al.]. 4th ed. – Intersentia, Oxford, 2006. pp. 34 y ss.*

<sup>197</sup> Cfr. Letsas, G. "Two Concepts of the Margin of Appreciation". In: <<http://ojls.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/26/4/705>>.

*from employing a substantive test of human rights review on the basis that there is no consensus among Contracting States on the legal issue before it".*

El conocido internacionalista español ANTONIO PASTOR RIDRUEJO transciende la doble perspectiva ofrecida por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, y defiende que "[Cuando] no hay en la Convención de Roma una definición tan precisa, es decir, hay un cierto espacio de indefinición (...) se aplicaría la doctrina del margen de apreciación y por lo tanto no habría contradicción jurisprudencial" pues, según ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, "(...) es una doctrina, una construcción, gran construcción jurisprudencial, para resolver los casos en que hay espacio de indefinición en los derechos protegidos o libertades fundamentales y en que además no hay consenso entre los Estados miembros<sup>198</sup>".

Menciona como ejemplos para reiterar su "teoría del margen de apreciación estatal para resolución de demandas con indefinición en las prerrogativas del convenio europeo de derechos humanos" la eutanasia, la adopción de niños por homosexuales, o la utilización del velo islámico en los colegios públicos.

---

<sup>198</sup> Cfr. Carlos Rodríguez Iglesias, G. y Antonio Pastor Ridruejo, J. "Fragmentación o consolidación de la protección de los Derechos fundamentales: el papel de los tribunales europeos". In: <<http://www.fride.org/File/ViewLinkFile.aspx?FileId=481>>.

Bajo nuestro punto de vista, ANTONIO PASTOR RIDRUEJO se equivoca cuando afirma que la prohibición turca de que las estudiantes lleven el velo (*hijab*) no supone violación de la Convención Europea de Derechos Humanos (libertad religiosa) y entra dentro del margen de apreciación del estado turco. Profundizamos nuestro punto de vista en apartado *infra* y en artículo denominado *Derechos Humanos y libertad Religiosa – El caso de la prohibición del uso del hijab por las musulmanas extranjeras en las escuelas públicas francesas: ¿Evidente violación a las Normas de Derechos Humanos o mera consecución de los principios legales de la reciprocidad e igualdad?*<sup>199</sup>.

El profesor CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, que comparte la autoría de la transcripción de la conferencia en que estuvo ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, es un poco más ponderado respecto de la problemática de la doctrina del margen de apreciación.

Señala el autor: "(...) Ese tipo de problemas son los tipos de problemas donde normalmente los jueces de un tribunal se dividen, tienen divergencias, hay mayorías y minorías, sobre todo en los casos límite, los casos que se discuten, en los casos sensibles. Entonces, cuando en un tema de estos, independientemente de lo que digan los textos, cuando se plantean ante dos

---

<sup>199</sup> Patrício Cavalcanti, A. “Derechos Humanos y libertad Religiosa – El caso de la prohibición del uso del *hijab* por las musulmanas extranjeras en las escuelas públicas francesas: ¿Evidente violación a las Normas de Derechos Humanos o mera consecución de los principios legales de la reciprocidad e igualdad?”, *In: Portal jurídico jus navigandi*: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6036>>.

tribunales, pues siempre hay un riesgo mayor de no aceptación de una jurisprudencia que sea contraria a la posición de la mayoría de los jueces<sup>200</sup>".

RAFAEL VALLENAS GAONA<sup>201</sup> menciona la Conferencia Internacional de 1984 que ocurrió en la ciudad de Siracusa en la cual se interpretó los alcances de las disposiciones del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político - ICCPR*, adoptando así un Documento titulado "Principios de Siracusa sobre las disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

El susodicho documento establece con gran precisión los alcances de las situaciones excepcionales. Indican los principios de Siracusa: "Un estado parte solamente puede adoptar medidas para suspender sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4 (en lo sucesivo denominadas "medidas de derogación") cuando se enfrente con una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación cuando: a) Afecte a toda la población y a todo el territorio del estado o a parte de él y b) Amenace la integridad física de la población, independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones

---

<sup>200</sup> Cfr. Carlos Rodríguez Iglesias, G. y Antonio Pastor Ridruejo, J. "Fragmentación o consolidación de la protección de los Derechos fundamentales: el papel de los tribunales europeos". In: <<http://www.fride.org/File/ViewLinkFile.aspx?FileId=481>>.

<sup>201</sup> Cfr. Rafael Vallas Gaona, J. "Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano". In: <<http://www.uv.es/~ripj/4raf.htm>>.

indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto.

40.- El conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la nación no puede justificar las derogaciones en virtud del artículo 4. 41.- Las dificultades económicas por sí solas no pueden justificar las medidas de derogación."

Finalmente, es importante mencionar que un examen de algunos casos en que el TEDH decidió pronunciarse sobre la doctrina del margen de apreciación permite apreciar que se han seguido los siguientes criterios en su aplicación:

- a) el tipo de restricción que se impone sobre un determinado derecho fundamental. Así, respecto de las restricciones *más severas*, la Corte tiende a ser más estricta en cuanto al reconocimiento de un margen de apreciación para las autoridades nacionales;
- b) la clase de interés que se pretende proteger.



Es así como la protección de la moral admite un campo más amplio para la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, en cambio, la seguridad nacional no gozaría de la misma amplitud.

Es importante preguntarse si la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales componentes del *Sistema Europeo de Protección de los Derechos Fundamentales* no estaría alimentando un riesgo para el futuro de los derechos humanos en el Sistema Internacional de Protección de dichas prerrogativas, siendo el precedente abierto peligroso, pues los derechos fundamentales estarían amenazados y sujetos a un amplio margen de apreciación estatal, que legitima la *derogación/limitación* de derechos humanos.

Consolidamos las críticas definitivas respecto de los peligros de la doctrina del margen de apreciación estatal en las conclusiones del presente trabajo.

## 2.2. La doctrina del margen de apreciación estatal en el sistema del Consejo de Europa

Una forma de explicar la *doctrina del margen de apreciación* en el sistema europeo de protección de los derechos humanos: la diversidad cultural existente en Europa justifica que se autorice cierta discreción a los Estados para definir el ámbito de los derechos protegidos por el sistema.

En cuanto a que la restricción para que sea aceptada debe ser *necesaria en una sociedad democrática*, el Tribunal de Estrasburgo interpretó en el caso *Silver*<sup>202</sup> (en el llamado “test de la necesidad”) que “necesario” en este contexto no tiene la flexibilidad de otras expresiones como “útil”, “razonable” o “deseable”; sino que implica la existencia de “una necesidad imperiosa” (*pressing social need*) que justifique la interferencia reconociendo, sin embargo, a las autoridades, el “margen de apreciación” para su valoración<sup>203</sup>.

El ámbito de este “margen de apreciación” depende de la naturaleza del fin protegido con la restricción y de la naturaleza de las propias actividades implicadas.

---

<sup>202</sup> Cfr. Francis Jacobs, J. y Robin White, C. A. *The European Convention on Human Rights*. Second Edition. Claredon Paperback, 1996, pp. 307 y ss.

<sup>203</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Referencias al margen de apreciación son comunes cuando se habla del patrón "necesario en una sociedad democrática" bajo el segundo párrafo de los Artículos 8-11 del Convenio Europeo.

En ese contexto, señala ARAI, *inter alia*: "*On account of their distinctive features, prior to undertaking detailed analysis it is necessary to explain the limitation clauses attached to Articles 8-11. Articles 8-11 of the Convention guarantee the four most basic personal freedom rights in a democratic society: the right to respect private and family life; freedom of religion; freedom of expression and freedom of peaceful assembly and association. (...) Standards established in the case-law: The first standard requires that any interference with the Convention right must be "in accordance with law" or "prescribed by law". Second, such interference must pursue any of the legitimate aims which are exhaustively laid down in the second paragraphs of Articles 8-11 Third, a measure of interference must be considered "necessary in a democratic society". As regards cases relating to the second paragraph common to Articles 8-1, the Strasbourg organs have stressed the crucial importance associated with those substantive rights in a democratic society and called for a stricter policy of review. They have mentioned that "those paragraphs of Articles of the Convention which provide*

*for an exception to a right guaranteed are to be narrowly interpreted" and that the necessity for any restriction "must be convincingly established"*<sup>204</sup>.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos está basado en una determinada filosofía política, según la cual la democracia política es el mejor sistema de gobierno para asegurar el respeto de las libertades fundamentales y de los derechos humanos.

Cualquier teoría sobre la interpretación o la revisión que pueda hacer la Corte debe ser compatible con este supuesto básico de teoría política.

En una sociedad democrática pluralista en varios de los temas cubiertos por el Convenio existirá un espectro de opiniones diferentes pero aceptables.

La decisión de la Corte respecto de algún punto del Convenio se referirá frecuentemente a determinar si la opción de las autoridades nacionales se ha mantenido dentro del espectro permisible.

Sin embargo, la doctrina de margen de apreciación parece tener otro fundamento de mucho más peso, que se concentra en el problema de equilibrar en su justa medida las *facultades de supervisión* que se entregan a ciertos *órganos supranacionales* con el poder soberano de los pueblos para determinar sus propias leyes.

---

<sup>204</sup> Arai, Y. [et al.]. Theory and practice of the European Convention on Human Rights/ editors Pieter van Dijk ... [et al.]. 4th ed. – Intersentia, Oxford, 2006. pp. 56 y ss.

Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese "margen de apreciación" autónomo de cada Estado, en el que la *soberanía estatal* no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional<sup>205</sup>, se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales<sup>206</sup>.

El *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* y el *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* ofrecen una

---

<sup>205</sup> Cfr. Cassese, A. *International Law*. Second edition. Oxford University Press, 2005, pp. 159 y ss.

<sup>206</sup> Cfr. Arai, Y. [et al.]: "Many authors take the view that the margin of appreciation is a way of balancing deference to the sovereignty of Member States and the supervisory power of the Strasbourg organs. The Convention's enforcement system depends on the mandate and consent of Member States. Moreover, the Strasbourg organs' attempt to formulate unified policies may be compromised by the need to take into account differences deriving from disparate cultures, religions, languages and traditions among the Member States. The necessity of striking such a balance suggests that the Convention was designed only to provide a lowest common denominator. (...) The Convention is not an instrument of uniform law, in the technical meaning of the term. It merely establishes a standard for the protection of rights which it guarantees, while leaving States free, firstly, to go beyond this standard and, secondly, to select the legal ways and means of protecting them. On the basis of these features, one could describe the Convention as an instrument which harmonises the law of Contracting States around a minimum standard of protection. This suggests that insofar as the minimum standard for a protected right is satisfied, national authorities are allowed certain discretion when choosing the means of interference and assessing its impact on their citizens. Such a minimalist approach must be contrasted to the bolder and more ambitious policy underpinning European Community law. Against this background, one possible view of the margin of appreciation is that it is a mere transitional doctrine, which may lose its *raison d'être* as the integration of European institutions achieves pan-European standards of human rights. As a transitional doctrine, its application may come to be rhetorical rather than substantive, in that while referring to the margin of appreciation, the Strasbourg organs might actually examine the merits of the case with full rigour. References to a "margin of appreciation" might serve nothing more than to assure national authorities of the primary responsibility of their own tribunals for the protection of rights and freedoms, and hence of the subsidiary character of the Convention system. This rhetorical use would not belie the affirmative policy of the Strasbourg organs in pursuing uniform European standards". In: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* / editors Pieter van Dijk ... [et al.]. 4th ed. – Antwerpen, Intersentia, Oxford, 2006. pp. 89 y ss.

perspectiva distinta si comparados al sistema del Consejo de Europa, que merece un análisis detallado.

### **2.3. La doctrina del margen de apreciación estatal en el Comité de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derecho Humanos ¿Un posible ejemplo para el sistema del Consejo de Europa?**

En los apartados que siguen serán analizadas las políticas del *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* y de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* respecto del tema de la suspensión/derogación de derechos fundamentales.

#### **2.3.1. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la protección de derechos fundamentales durante los estados de excepción**

Respecto del tema de la limitación o derogación de derechos fundamentales en *estados de excepción*, plasmado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 15, que confiere legalidad a la doctrina del margen de apreciación del Tribunal de Estrasburgo, es importante analizar

algunos instrumentos legales internacionales análogos, cuyos textos sean similares – o no – al texto del CEDH, para que sea posible una mejor comprensión sobre la problemática y para que sepamos si de hecho son un posible ejemplo para el sistema de protección de los derechos humanos del sistema del Consejo de Europa.

El *Comité de Derechos Humanos*<sup>207</sup>, en la primera parte (pública) de la 1797ª sesión de 29 de octubre de 1999, analiza el *Proyecto de Observación General* (CCPR/C/66/R.8), y expone que los instrumentos de derechos humanos (como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* – ICCPR<sup>208</sup>, artículo 4) permiten, al parecer, suspensiones de *gran alcance* durante *estados de excepción* que no son considerados conflictos armados.

En tales situaciones, según el Comité, no parece haber una protección suficiente de los derechos fundamentales<sup>209</sup>. Por ello, el proyecto de observación general plantea la cuestión de si por sí mismo el Pacto puede garantizar durante *los estados de excepción* una protección de los derechos fundamentales mayor que la que se brinda enunciando simplemente en el

---

<sup>207</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

<sup>208</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

<sup>209</sup> *Idem, ibidem*.



párrafo 2 del artículo 4 del Pacto los derechos que no pueden ser suspendidos<sup>210</sup>.

El *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, respecto del párrafo 3 del proyecto, señala que la frase "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación" es la base de la opinión expresada de que la palabra inglesa *derogation* no significa suspensión de derechos; se trata más bien de un régimen de *limitaciones* adicionales a las que se aplican en condiciones normales y que están sujetas a una *vigilancia especial* para asegurar que no sobrepasen esas "exigencias"<sup>211</sup>.

Con respecto a la relación entre las palabras *derogation* y *suspension*<sup>212</sup> en la versión inglesa, uno de los miembros del comité enfatizó que el concepto de *suspension* debe examinarse en el contexto de los derechos humanos. Toda limitación implica como mínimo una suspensión parcial.

No está claro, según el Comité<sup>213</sup>, si *suspension* significa que el derecho en sí no puede ejercerse. Igualmente, ello permite al Comité *vigilar con mayor determinación la suspensión de derechos* durante los estados de excepción. La presidenta del comité declaró no estar totalmente de acuerdo en que la palabra

---

<sup>210</sup> Cfr. International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

<sup>211</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

<sup>212</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>213</sup> *Idem, ibidem*.

*derogation* no signifique *suspension*; en español *derogation* significa suspensión. Según la presidenta, debe hacerse hincapié en la esencia de la palabra y no en la palabra en sí.

En ese contexto, es importante enfatizar que el párrafo 4 del proyecto parte de la premisa de que ciertas prerrogativas del ICCPR se enuncian como no susceptibles en sí mismas de suspensión. Se ha indicado que quizás algunos elementos de otros derechos tampoco puedan ser suspendidos.

La cuestión de si existen otros derechos que no pueden ser suspendidos, además de los que se enumeran en el artículo 4 del ICCPR, obliga a determinar en qué medida el Comité puede completar las disposiciones del Pacto *haciendo referencia a otras fuentes del derecho internacional*<sup>214</sup>.

El Sr. SCHEININ (miembro del Comité de Derechos Humanos), v.g., se ha referido al *artículo 12 del ICCPR* (derecho a circular libremente y a escoger libremente su residencia) como "un derecho que no puede ser suspendido y que

---

<sup>214</sup> Para un mayor detenimiento sobre el tema: Cassese, A. *International Law*. Oxford University, Oxford, 2004; Van Dervort, T. *International Law and Organization*, Sage Publications, London, 1998; Carter, B. y Trimble, P. *International Law*, Aspen Law & Business, New York, 1999; Janis, M. y Noyes, J. *Cases and Commentary on International Law*, West Publishing, St. Paul, 1997; Slomanson, W. *Fundamental Perspectives on International Law*, West International Law, Wadsworth, 2000.

no se menciona en la lista<sup>215</sup>", y ha llegado a esa conclusión teniendo en cuenta otras fuentes del derecho internacional.

Además, el Comité defiende que en el artículo 4 del ICCPR "no se definen los estados de excepción ni las situaciones que constituyen estados de excepción que pueden justificar la suspensión de derechos<sup>216</sup>".

Es imprescindible enfatizar que el artículo 15 del Convenio Europeo tampoco define los estados de excepción o las situaciones (sólo menciona el caso de guerra y la inaceptable y amplia previsión de cuando esté "la vida de la nación en riesgo<sup>217</sup>").

El Sr. Henkin, miembro del Comité de Derechos Humanos, mencionó tener dudas respecto del alcance de lo que significa poner en peligro la "vida de la nación<sup>218</sup>". Interpretarlo como un ataque externo significaría limitarlo, teniendo en cuenta que los desastres naturales también constituyen un peligro, aunque en la mayoría de los casos no para la vida de la nación.

En el tema que se examina debe concederse siempre a los Estados lo que con frecuencia se denomina un "margen de discernimiento" (margen de

---

<sup>215</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

<sup>216</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>217</sup> Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

<sup>218</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

apreciación), pero el Comité subrayó que ese "margen de discernimiento" está *sujeto a una norma internacional*<sup>219</sup>.

El artículo 4 del ICCPR es precisamente una norma internacional y, por consiguiente, podría ser el fundamento para interponer acciones judiciales ante la Corte Internacional de Justicia - ICJ.

Importante enfatizar que la presidenta del Comité, hablando a título personal, mencionó que es preferible no utilizar la expresión "margen de discernimiento", que puede ser *mal interpretada* por los Estados<sup>220</sup>. En efecto, no soy el único que se preocupa por la utilización equivocada de ese amplio – y peligroso – concepto por los Estados que pueden actuar con *mala fe*.

Pondera el propio Comité que la postura adoptada en el proyecto puede compararse con la adoptada por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* en varias opiniones consultivas basadas en la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*, cuyo texto difiere, en cierta medida, del texto del ICCPR y del Convenio Europeo de Derechos Humanos - CEDH.

En efecto, la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos amplía la imposibilidad de derogación/limitación que se aplica a ciertos

---

<sup>219</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

<sup>220</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

derechos a todas las garantías procesales que son esenciales para la protección de los mismos.

El Comité de Derechos Humanos - CDH ha procurado no referirse al "margen de discernimiento" por temor a que los Estados lo utilicen como pretexto para proclamar estados de excepción<sup>221</sup>. En lugar de ello se ha referido a las "normas mínimas"<sup>222</sup> contenidas en el Pacto.

Es consenso en el Comité que la problemática en análisis es una de las disposiciones más importantes y más peligrosas del Pacto.

Según el comité, el Margen de Apreciación estatal presenta *dos objetivos que se excluyen mutuamente* en algunas situaciones: preservar ciertos derechos humanos fundamentales, incluso en estados de excepción, y también preservar la vida de la nación<sup>223</sup>.

El Comité debe reflexionar sobre el uso que se hace no tanto de los estados de excepción en términos estrictamente legales, sino más bien de los poderes excepcionales que se conceden en tales situaciones. Éstos se utilizan a veces para justificar simplemente violaciones sistemáticas de los derechos humanos. El fenómeno se ha observado en varios Estados, sobre todo en uno donde el estado de excepción estuvo vigente durante décadas.

---

<sup>221</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <www.unhchr.ch>.

<sup>222</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>223</sup> *Idem, ibidem*.

Son fundamentalmente los Estados jóvenes en desarrollo los que adoptan poderes excepcionales ya sea para imponer una dictadura o para asegurar la supervivencia de la nación.

En África y en Asia la existencia de la nación es mucho más teórica que práctica.

La vida de la nación consiste simplemente en la coexistencia, con el mínimo de daño, de comunidades con diferencias manifiestas desde el punto de vista económico, étnico y religioso.

Según el Comité, la situación se complica aún más cuando hay terceras partes que tienen un interés político o económico en evitar la formación de una nación<sup>224</sup>.

En efecto, a menudo son muy capaces de proclamar su deseo de defender los derechos humanos mientras destruyen la estructura incipiente de la nación.

La disolución de ciertas entidades que ya sufrieron demasiado durante la dominación colonial no contribuye a promover la causa de los derechos humanos sino que facilita la dominación política y económica.

---

<sup>224</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

De ahí la necesidad de velar por el respeto de los derechos humanos, lo que en algunos casos significa no dejar la puerta abierta a la dominación extranjera o a la anarquía, que es la antítesis de los derechos humanos.

En el párrafo 1 del artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* se señala que las medidas adoptadas en situaciones de excepción no deben ser incompatibles con las obligaciones que impone el derecho internacional y no deben entrañar discriminación alguna por motivos de raza, color, etc<sup>225</sup>.

Ello debe interpretarse en el sentido de poner de relieve lo que debe respetarse en cualquier circunstancia, independientemente del grado de integración política de la nación.

Sería contraproducente, efectivamente, ir más allá de lo que establece el Pacto, porque si el Comité intenta incorporar todos los elementos posibles del derecho internacional podría provocar una reacción negativa que brinda la oportunidad de rechazar y violar los derechos humanos.

Por supuesto que debe encontrarse un equilibrio que tenga lógicamente en cuenta la *garantía de los derechos fundamentales* y la necesidad de preservar el derecho de los pueblos a la libre determinación y a no ser tratados

---

<sup>225</sup> Cfr. International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

como fantoches haciendo una interpretación interesada de los derechos humanos.

Sin embargo, lo más importante, bajo nuestro punto de vista, es determinar en qué medida el Comité puede ampliar la lista de derechos que no pueden ser suspendidos más allá de lo que se establece en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto. Los derechos sustantivos a que se refiere la parte II del Pacto se consideran *derechos que no pueden ser suspendidos*.

En realidad, el Comité debe tratar de establecer una norma internacional que pueda utilizarse en situaciones en que se suspenden derechos consagrados en los tratados.

Ampliar la lista de los derechos plasmados en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que no pueden ser suspendidos, en nuestra opinión, debe ser el objetivo, igualmente, del sistema del Consejo de Europa.

En las disposiciones del Pacto que no figuran en el párrafo 2 del artículo 4, hay elementos que, a juicio del Comité de Derechos Humanos<sup>226</sup>, no pueden ser objeto de suspensión legítima con arreglo al artículo 4.

---

<sup>226</sup> Comité de Derechos Humanos. "Observación general nº 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Estados de emergencia - CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 - 31 de agosto de 2001". Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.



A continuación figuran algunos casos ilustrativos:

- “a) Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Aunque este derecho, reconocido en el artículo 10 del Pacto, *no se mencione separadamente en la lista de derechos que no pueden ser suspendidos* en virtud del párrafo 2 del artículo 4, el Comité estima que el Pacto expresa una norma de derecho internacional general cuya aplicación *no puede ser objeto de suspensión*. Esto se sustenta en la referencia que se hace en el preámbulo del Pacto a la dignidad inherente a los seres humanos y en la estrecha relación existente entre los artículos 7 y 10;
- b) las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión. El carácter absoluto de estas prohibiciones, aun en situaciones excepcionales, se justifica por su condición de normas de derecho internacional general;

- c) a juicio del Comité, la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprende elementos que deben respetarse en toda circunstancia. Esto se refleja en la prohibición del genocidio en el derecho internacional, en la inclusión de una cláusula de no discriminación en el propio artículo 4 (párr. 1) así como en el carácter de disposición cuya aplicación no puede suspenderse del artículo 18;
- d) como confirma el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, en forma de desplazamiento forzado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, constituye un crimen de lesa humanidad. El derecho legítimo a suspender la aplicación del artículo 12 del Pacto durante un estado de excepción no puede aceptarse jamás como justificación de esas medidas;
- e) la proclamación de un estado de excepción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 no podrá invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir, en violación del artículo

20, en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia<sup>227</sup>”.

Aún conforme la Observación general n° 29 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud del párrafo 3 del artículo 4, los Estados Partes se han comprometido a observar un régimen de notificación internacional cuando hagan uso de su derecho de suspensión con arreglo al artículo 4.

Un Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión.

Dicha notificación es esencial no solamente para que el Comité pueda desempeñar sus funciones, especialmente la de evaluar si las medidas tomadas por el Estado Parte eran las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación, sino también para permitir que los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto.

---

<sup>227</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos. "Observación general n° 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Estados de emergencia - CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 - 31 de agosto de 2001". Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

La notificación de los Estados Partes deberá incluir información detallada sobre las medidas adoptadas, una clara explicación de los motivos por los que se hayan adoptado, e ir acompañada de una documentación completa sobre las disposiciones jurídicas.

Se necesitarán notificaciones adicionales si un Estado Parte posteriormente adopta medidas adicionales bajo el artículo 4, por ejemplo prolongando la duración de un estado de excepción.

El requisito de la notificación inmediata también se aplica, en su caso, a la terminación de la suspensión.

No siempre se han respetado estas obligaciones<sup>228</sup>.

Algunos Estados Partes no han cumplido con informar inmediatamente a los otros Estados Partes, por intermedio del Secretario General de las Naciones Unidas, acerca de la proclamación de un estado de excepción y de las medidas de la suspensión de una o más de las disposiciones del Pacto, o no han cumplido con informar al Secretario General acerca de modificaciones territoriales o de otra índole en el ejercicio de sus facultades excepcionales.

---

<sup>228</sup> Véanse las siguientes observaciones finales: Perú (1992), CCPR/C/79/Add.8, párr. 10; Irlanda (1993), CCPR/C/79/Add.21, párr. 11; Egipto (1993), CCPR/C/79/Add.23, párr. 7; Camerún (1994), CCPR/C/79/Add.33, párr. 7; Federación de Rusia (1995), CCPR/C/79/Add.54, párr. 27; Zambia (1996), CCPR/C/79/Add.62, párr. 11; Líbano (1997), CCPR/C/79/Add.78, párr. 10; India (1997), CCPR/C/79/Add.81, párr. 19; México (1999), CCPR/C/79/Add.109, párr.12.

Cada vez que ha tomado conocimiento, generalmente por medio de la prensa internacional, de que un determinado gobierno había adoptado medidas de emergencia que implicaran, *prima facie*, restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, el Relator Especial ha solicitado de inmediato a dicho gobierno, por conducto del Secretario General, información precisa y detallada acerca del carácter de las medidas en vigor, la base jurídica en que se asientan y, sobre todo, el *impacto* que tienen o han tenido sobre el conjunto de los derechos humanos que sufrieron derogación, limitación o suspensión<sup>229</sup>.

La aplicación de la doctrina del margen de apreciación en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos puede encontrar, a parte de la oposición de muchos autores, entre los cuales se encuentran miembros de los propios órganos de supervisión del sistema, varios obstáculos.

Es importante conocer el sistema interamericano antes del análisis de la doctrina europea del margen de apreciación en su contexto.

---

<sup>229</sup> Países como Turquía han declarado estados de excepción en diversas ocasiones. La ley marcial turca, impuesta el 26 de diciembre de 1978 en 13 provincias, se proclamó en todo el territorio el 12 de septiembre de 1980. El 1° de enero de 1985, estaba vigente en 34 provincias. El 19 de julio de 1987, se había levantado en todo el país. En 1985-1987, en algunas provincias la ley marcial fue sustituida por un estado de excepción actualmente vigente en 10 provincias del sudeste de Anatolia. Fuentes: Cartas del Gobierno de fechas 9 de junio de 1987, 19 de julio de 1988 y 15 de febrero de 1991; información de organizaciones no gubernamentales.

### 2.3.2. El sistema interamericano: protección normativa y judicial

El *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* para la protección de los derechos fundamentales, como sistema regional de protección, tiene el potencial necesario para desarrollar y aplicar estándares internacionales cuando los sistemas nacionales no protegen los derechos de manera efectiva, garantizar la reparación del daño ocasionado a las víctimas cuando sus derechos son violados, e impulsar cambios normativos en los distintos países.

El sistema interamericano es uno de los sistemas regionales que, junto con el europeo, más se han desarrollado y evolucionado.

Ya en la misma Conferencia constitutiva de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrada en Bogotá en mayo de 1948<sup>230</sup>, se adoptó la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, texto que, curiosamente, fue adoptado incluso antes que la declaración universal de derechos humanos y sobre la que ejerció una cierta influencia.

---

<sup>230</sup> Cfr. Cerna, C. *The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications*. In: Harris, D. J; Livingstone, S. (Org.). *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, Oxford, 1998, p. 48.

Años más tarde, en 1969, en el ámbito interamericano se adoptó la mencionada *Convención Americana de Derechos Humanos*<sup>231</sup>, un auténtico tratado internacional que venía a completar las disposiciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Para el control y supervisión del cumplimiento de los derechos humanos en el ámbito interamericano existen dos órganos<sup>232</sup>.

De hecho, el sistema interamericano posee una estructura dual para el tratamiento de los casos de derechos humanos: un órgano es de tipo técnico y el otro jurisdiccional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es la "puerta de entrada" de los particulares al sistema interamericano<sup>233</sup>.

En cuanto al órgano jurisdiccional, se trata de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se desenvuelve una tarea importante a nivel interpretativo, particularmente en su competencia consultiva; y cabe la

---

<sup>231</sup> Cfr. Cerna, C. *The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications*. In: Harris, D. J; Livingstone, S. (Org.). *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, Oxford, 1998, p. 48.

<sup>232</sup> Obra maestra e imprescindible: Cassese, A. *International Law*. Second edition. Oxford University Press, 2005. De forma didáctica y concisa, enseña el profesor Cassese el funcionamiento de los sistemas regionales de protección de los derechos fundamentales. No menos fundamentales (aunque menos actualizadas) las lecciones del internacionalista discípulo del profesor Malanczuk Akehurst, P. In: Akehurst's *Modern Introduction to International Law*, Seventh Revised Edition. London: Routledge, 1997, pp. 187 y ss.

<sup>233</sup> Cfr. Ramos, A. *Proteção Internacional de Direitos Humanos – Análise dos sistemas de apurações de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 57.

posibilidad de llevar adelante un caso donde se juzga a un Estado, y se lo condena si es encontrado culpable, fijándose además una indemnización para la víctima o sus derecho habientes, por el perjuicio sufrido.

La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, con sede en Washington, está compuesta por siete miembros, que ejercen sus funciones<sup>234</sup> a título particular, sin recibir instrucciones de sus respectivos gobiernos. Son ellas:

a) *Función de promoción* de una cultura de los derechos humanos, incluyendo el asesoramiento a los gobiernos sobre la materia, la realización de seminarios y conferencias, y la publicación de libros y materiales divulgativos;

b) *Observaciones “in loco”*: importantísima función que le permite visitar países para evaluar la situación general de sus derechos humanos,

---

<sup>234</sup> *Literis*: “The duties of the Commission are to: oversee member states general adherence to human rights; analyze and investigate individual petitions alleging human rights violations; refer cases to the Inter-American Court and appear before the Court during litigation; publish special reports on the state of human rights in specific countries, when necessary; solicit “advisory opinions” interpreting the American Convention from the Court; and present an annual report to the General Assembly of the OAS”. Cassese, A. *International Law*. Second edition. Oxford University Press, 2005, pp. 234 y ss.



cuando existen indicios de violaciones generalizadas de los mismos, pero siempre con la autorización del Estado en cuestión;

c) *Estudios sobre países*, referidos a su situación en cuanto a los derechos humanos, que la Comisión puede decidir publicar o no;

d) *Examen de los mecanismos de control establecidos*, esto es, la Comisión es el órgano encargado de recibir y analizar los informes periódicos que presentan los Estados y las comunicaciones (denuncias) interestatales e individuales que se pueden plantear por presuntas violaciones de los derechos humanos. Es, de hecho, el órgano que posee el poder para "filtrar" los casos antes que lleguen a la Corte Interamericana<sup>235</sup>.

O sea, la Comisión, además de hacer informes generales, recibe denuncias de violaciones de los derechos humanos en casos particulares,

---

<sup>235</sup> *Inter alia*: "The Commission is the first authoritative body to process individual petitions. Its function is to "filter" the cases that go to the Court by determining if a state has international responsibility for a violation of one or more of the rights protected under the Convention or the Declaration". Cassese, A. International Law. Second edition. University Press, Oxford, 2005, pp. 234 y ss.

denuncias que pueden ser presentados por individuos, por organizaciones no gubernamentales o por otras organizaciones sociales.

Esta función es muy importante, pues gracias a ella las personas y organizaciones encuentran un foro internacional donde llevar sus casos, cuyo procedimiento es efectivo y sencillo<sup>236</sup>.

Es imperativo enfatizar que el sistema de peticiones individuales consagrado en tal sistema consiste en una valiosa herramienta contra eventuales abusos gubernamentales.

El hecho de que las denuncias individuales pueden ser apoyadas o interpuestas por Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) en el nombre de la persona, por ejemplo, constituye un factor que impide una desigualdad individuo-Estado Nación, además del hecho de que la propia comisión siempre actúa como co-demandante en todos los casos.

La Comisión examina las denuncias de acuerdo con los prerequisites básicos<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Las denuncias deben ser enviadas directamente al Secretariado Ejecutivo de la Comisión Interamericana por los correos – dirección: 1889 F Street, N.W., Washington D.C., 20006; Fax: (202) 458-3992; o email: cidhoea@oas.org. Las personas que no tengan garantizados sus derechos por el gobierno de su país pueden (agotados todos los recursos internos), además, rellenar un formulario-denuncia directamente en la pagina web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <<http://www.iachr.org/denuncia.eng.htm>>.

<sup>237</sup> "Admissibility Requirements for Petitions. Article 46 of the American Convention and Articles 27 and 28 of the Commission's Rules of Procedure establishes the admissibility requirements for petitions: Petitions presented to the Commission must pertain to a violation of

Por ejemplo, si una denuncia llega a la comisión sin el nombre del demandante (anónima), jamás llegará a ser considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues la existencia de un demandante es requisito imprescindible para su consideración. Denuncias sin autor son descartadas *ab initio*; sin embargo, existe la posibilidad de ocultarse la identidad del demandante *a posteriori* si hay algún riesgo para su seguridad o para que sea preservada su privacidad<sup>238</sup>.

Además, la denuncia debe ser concerniente a una violación de un derecho humano garantizado por uno de los instrumentos de protección del sistema interamericano o cualquier tratado regional aplicable a los estados miembros de la OEA. Importante mencionar que debe contener una dirección, la descripción de los hechos y debe ser interpuesta en un plazo de seis meses después de la fecha de la notificación del agotamiento de todos los recursos nacionales.

---

*a human right protected under the American Convention on Human Rights or other regional instruments applicable to OAS member states. Petitions shall contain the following information: a. the name, nationality and signature of the person or persons making the allegation; b. whether the petitioner wishes that his or her identity be withheld from the accused State; c. the address for receiving correspondence from the Commission and, if available, a telephone number, facsimile number, and email address; d. a detailed description of the facts, specifying the place and date of the alleged violations; e. the name of the victim and of any public authority who knows about the alleged situation, if possible; f. the country that the petitioner considers responsible by action or omission, even if no specific reference is made to the article(s) alleged to have been violated; g. compliance with the six months time limit from the date of notification of the exhaustion of domestic remedies; h. any steps taken to exhaust domestic remedies, or an explanation of the impossibility of doing so; i. an indication of whether the complaint has been submitted to another international proceeding". CASSESE, Antonio. International Law. Second edition, University Press, Oxford, 2005, pp. 234 y ss.*

<sup>238</sup> *Idem, ibidem.*

El otro órgano de supervisión y control de Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con sede en San José (Costa Rica).

Es el auténtico órgano de carácter jurisdiccional, que supervisa en segunda instancia, tras el examen de la Comisión, la aplicación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos por parte de los Estados.

Compuesta por siete jueces independientes, ejerce dos funciones fundamentalmente<sup>239</sup>:

- a) una *función consultiva*, relativa a la interpretación de la Convención Interamericana u otros tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito interamericano, y
- b) una *función contenciosa*, resolviendo los casos que se le planteen mediante comunicaciones interestatales o individuales.

---

<sup>239</sup> Cfr. Gonzalez Volio, L.: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: XXVIIIème Session d'Enseignement: Recueil des Cours, textes et sommaires / Collection of Lectures, Texts and Summaries, Ed. Institut International des Droits De l'Homme, Strasbourg, France, 1997.

Lo realmente importante es que, tal y como señala el artículo 67 de la Convención, sus sentencias son *definitivas, inapelables* y de *obligado cumplimiento* para los Estados Partes.

Importante enfatizar que en el sistema interamericano existen tres mecanismos de supervisión de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos:

- a) Los *informes*<sup>240</sup> que cada Estado debe proporcionar a la Comisión con la información que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación de la Convención. Tras su análisis, la Comisión puede emitir recomendaciones al Estado;
- b) *Comunicaciones interestatales*, consistentes en un mecanismo facultativo (tiene que ser aceptado expresamente por los Estados), y sujeto al principio de reciprocidad (sólo podrá denunciar a un Estado otro Estado que haya aceptado previamente la eventualidad de ser denunciado). La Comisión Interamericana examina que las demandas

---

<sup>240</sup> Cfr. Gonzalez Volio, L.: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: XXVIIIème Session d'Enseignement: Recueil des Cours, textes et sommaires / Collection of Lectures, Texts and Summaries, Ed. Institut International des Droits De l'Homme, Strasbourg, France, 1997.

cumplen los requisitos de admisibilidad, y busca una solución amistosa, que, si se alcanza, publica mediante un informe. Si no hay solución amistosa, la Comisión o el Estado interesado pueden enviar el asunto a la Corte para que emita una sentencia. Asimismo, si no envía el asunto a la Corte, la Comisión puede, por mayoría absoluta, emitir su opinión y las recomendaciones pertinentes al Estado, así como el plazo que tiene para llevarlas a cabo<sup>241</sup>;

c) *Comunicaciones individuales*<sup>242</sup>, que puede presentar cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental (ONG), con denuncias o quejas de violaciones de la Convención por un Estado Parte, y que siguen el mismo procedimiento que las interestatales. Es interesante observar que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema del Consejo de Europa, aquí el hecho de que las comunicaciones pueden ser realizadas no sólo por las víctimas, sino también por otras personas y organizaciones, promueve un fortalecimiento efectivo del individuo y de sus prerrogativas fundamentales, lo que representa un gran avance para

---

<sup>241</sup> Cfr. Gonzalez Volio, L.: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: XXVIIIème Session d'Enseignement: Recueil des Cours, textes et sommaires / Collection of Lectures, Texts and Summaries, Ed. Institut International des Droits De l'Homme, Strasbourg, France, 1997.

<sup>242</sup> *Idem, ibidem.*

la protección de los derechos fundamentales en el Sistema Interamericano.

### 2.3.3. El sistema interamericano y el listado de derechos que no admiten derogación/supresión

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una interpretación de los artículos correspondientes al capítulo de suspensión de garantías, interpretación y aplicación de la Convención Americana.

El Tribunal ha considerado con criterio amplio los derechos y garantías que no pueden suspenderse, y con criterio restringido las formas de proceder a la suspensión de derechos. Nos referimos a las *Opiniones Consultivas* números 6 (1986)<sup>243</sup>, 8 (1987)<sup>244</sup> y 9 (1987)<sup>245</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>243</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: "La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N 6. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1986.

<sup>244</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: "El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N 8. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1987.

<sup>245</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Garantías judiciales en estado de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N 9. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1987.



En efecto, la Convención Americana innovó<sup>246</sup> respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en cuanto al listado de derechos intangibles al añadir las *garantías judiciales indispensables* para su protección. Pero la cuestión se tornó de más difícil elucidación en razón de las propias palabras empleadas por la Convención.

En efecto, la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los *derechos que no admiten derogación*, establecida en el art. 27.2, resulta manifiestamente contradictoria con el título de dicho artículo, que lleva el rótulo de “*suspensión de garantías*”. Más aún, incluso el epígrafe del Capítulo IV, que abarca de los artículos 27 a 31, reza: “*Suspensión de garantías, interpretación y aplicación.*”

Ello ha llevado a la ardua tarea de precisar el alcance de la *prohibición de suspensión* de las garantías judiciales cuando los propios títulos del articulado refieren a la suspensión de garantías. La redacción del art. 27 no ha sido feliz, al resultar una *mezcla* de los distintos proyectos que le sirvieron de fuente, de ahí la imperiosa necesidad que tuvo la Corte de acotar y determinar su alcance.

---

<sup>246</sup> Cfr. Gonzalez Volio, L.: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: XXVIIIème Session d'Enseignement: Recueil des Cours, textes et sommaires / Collection of Lectures, Texts and Summaries, Ed. Institut International des Droits De l'Homme, Strasbourg, France, 1997.

El Tribunal Interamericano ha entendido, en la Opinión Consultiva sobre “*El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías*”<sup>247</sup>, que los recursos de amparo y habeas corpus constituyen los medios idóneos para proteger los derechos inderogables, razón por lo cual no cabe su suspensión durante el estado de sitio o de emergencia, pues “dichos procedimientos [son] indispensables para garantizar esos derechos”.

En palabras de la Corte, “como los Estados Parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”. El Tribunal de San José concluyó que “debe entenderse que en la implementación del estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.”

---

<sup>247</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N 8. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1987, cit., párr. 25, 27 y 38.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>248</sup> concluyó que “las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 (habeas corpus) y 25.1 (amparo), consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8 (garantías judiciales), y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.”

Por su parte, en la Opinión Consultiva OC-9/87, sobre las “*Garantías judiciales en estados de emergencia*,” la Corte de San José destacó que “la implementación del estado de emergencia – cualquiera sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.

Por ello, el Tribunal consideró que no podía hacer una enumeración exhaustiva de todas las posibles garantías judiciales indispensables que no

---

<sup>248</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N 8. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1987, cit., párr. 25, 27 y 38.

pueden suspenderse, lo que dependerá en cada caso de un análisis del ordenamiento jurídico y de la práctica de cada Estado Parte, de cuáles son los derechos involucrados y de los hechos concretos que motiven la indagación.

La fiscalización universal se encuentra menos desarrollada que la regional, ya que las posibilidades de acción del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se limitan a recibir una *comunicación* – obsérvese que ni siquiera se llama denuncia o demanda– por parte de los individuos que aleguen violaciones al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cuyo país de origen haya ratificado el Protocolo Facultativo que confiere competencia a aquel órgano, y a emitir una *observación* sobre la misma al Estado en cuestión y al individuo que la solicitara (art. 5.4 Protocolo Facultativo). Lo mismo cabe decir respecto de las facultades del Comité contra la Tortura de recibir y examinar comunicaciones sobre los Estados que le hayan reconocido competencia (art. 21, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

También podría llevarse ante la Corte Internacional de Justicia un caso de suspensión de derechos humanos que resulten contrarios a la Carta de Naciones Unidas, como podrían ser los que se dictan con un propósito de discriminación racial. De la misma forma, podría accederse a la Corte Penal

Internacional, en casos de delitos de lesa humanidad, como es el genocidio perpetrado en un estado de excepción.

El art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *impide la suspensión* de los siguientes derechos: al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y de retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos, y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Del confronto los textos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la europea surge, como nota en común, que ambas convenciones declaran *inderogables* el derecho a la vida; al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la integridad física, la prohibición de la esclavitud y servidumbre y los principios de legalidad y retroactividad.

Pero también se observan algunas diferencias, las que servirán para complementar el régimen de protección internacional, pero no para restar amparo (art. 29 letra b, CADH).

Por su parte, la Convención Americana enumera en su art. 27(2) el derecho al nombre; a la protección de la familia, los derechos del niño, el

derecho a la nacionalidad y los derechos políticos. Además, y esto resulta de suma trascendencia, establece que tampoco pueden suspenderse las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no toleran derogación.

La Corte Interamericana tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema en ocasión de una opinión consultiva<sup>249</sup> solicitada por la Comisión Interamericana a raíz de la reserva que hizo Guatemala al ratificar la CADH, por la cual conservaba la facultad de aplicar la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción al momento de efectuar la ratificación.

El Tribunal de San José rechazó categóricamente dicha posibilidad, en la inteligencia que “toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otro sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico<sup>250</sup>”.

---

<sup>249</sup> Cfr. Augusto Cançado Trindade, A. *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pág. 549 y ss.

<sup>250</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Una cuestión que ha generado – y sigue generando – fuertes debates, tanto en el plano interno como en el internacional, es la referida a saber si la declaración de estado de emergencia suspende, además de los derechos fundamentales, las garantías judiciales para la protección de los mismos.

La Constitución de Estados Unidos, modelo seguido por casi todos los países de América, prohibió al congreso “suspender el privilegio de *habeas corpus*, salvo en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera<sup>251</sup>,”

La Corte Suprema de ese país, en una decisión de 1866 contraria a la concesión de poderes especiales en *situaciones de emergencia*, sostuvo que la Constitución es la misma en tiempo de paz y en tiempo de guerra, y que en el ingenio del hombre no había ninguna doctrina más perniciosa que la que sugiere que algunas de las disposiciones pueden suspenderse toda vez que el gobierno se vea enfrentado a grandes exigencias, ya que ello conduciría directamente a la anarquía o el despotismo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reguló detalladamente el *instituto de la emergencia* en su texto imponiendo, además de los presupuestos y condiciones antes estudiados, un listado de derechos que no admiten derogación en circunstancia alguna.

---

<sup>251</sup> Cfr. Art. I, Secc. IX, párr. 2° de la Constitución de Estados Unidos. Disponible en: <<http://www.uscongress.org>>.

Se trata de una versión mejorada del catálogo contenido en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950, pero, al igual que ésta, no incluyó a las garantías necesarias para protegerlos.

Como se sabe, un derecho que no está rodeado de salvaguardas en caso de violación, se transforma en una declaración de buena voluntad, sin valor práctico alguno.

Por esas razones, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano de control establecido en dicho Pacto (art. 28), se ha esforzado en integrar dicha laguna a través de una interpretación sumamente razonable, que compartimos.

Ha dicho recientemente el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que el derecho de toda persona de interponer un *recurso efectivo* ante las autoridades competentes<sup>252</sup> (art. 2.3), más allá de no encontrarse comprendido dentro del listado de derechos inderogables (art. 4.2), “constituye una obligación convencional *inherente* al Pacto como un todo<sup>253</sup>.”

Respecto de los derechos inderogables, ellos deben ser protegidos con las garantías procesales adecuadas, incluidas las judiciales. En relación a los

---

<sup>252</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <www.unhchr.ch>.

<sup>253</sup> *Idem, ibidem.*



derechos que admiten suspensión, no debe olvidarse – recordó el Comité<sup>254</sup> – que los principios de legalidad y de Estado de derecho requieren que los recaudos del proceso justo (*fair trial*) sean respetados durante el estado de emergencia. Por ello – concluyó – una persona sólo puede ser condenada por un tribunal de justicia, de la misma forma que debe respetarse la presunción de inocencia, y el derecho de toda persona a ser llevada sin demoras ante un juez para que decida sobre la legalidad de su arresto o detención.

Es importante mencionar que la Organización de los Estados Americanos (OEA) efectúa un control de carácter internacional, aunque de naturaleza diplomática.

En ese sentido, el nuevo art. 9 de la Carta de la OEA, reformado por el Protocolo de Washington<sup>255</sup>, autoriza la suspensión de un Estado del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General cuando haya accedido al poder derrocando a un gobierno democráticamente constituido, lo que suele ir acompañado de revueltas internas y estados de sitio.

---

<sup>254</sup> Cfr. Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797. (*Summary Record*). Disponible en: <[www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)>.

<sup>255</sup> Cfr. Gonzalez Volio, L.: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: "XXVIIIème Session d'Enseignement: Recueil des Cours, textes et sommaires / Collection of Lectures, Texts and Summaries", Ed. Institut International des Droits De l'Homme, Strasbourg, France, 1997.

También la Comisión Interamericana ejerce fiscalización<sup>256</sup>, como órgano encargado de la observancia y defensa de los derechos humanos en todo el continente americano (art. 41, CADH).

En ese sentido, ha señalado que si bien “en general recae en los propios Estados y sus poderes públicos en particular el *margen de apreciación* para determinar la necesidad de declarar el estado de emergencia, por tener un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias de hecho por las que atraviesa el país, esse margen de apreciación no es ilimitado [...] En consecuencia, el margen de apreciación a nivel interno está acompañado por una supervisión interamericana. La Comisión debe valorar apropiadamente aspectos relevantes, tales como naturaleza de los derechos afectados por la suspensión, las circunstancias que motivaron el estado de emergencia y su duración<sup>257</sup>.”

Utilizar el sistema interamericano de derechos humanos tiene sus limitaciones. Algunas fallas de carácter institucional y de índole política lo hacen lento y excesivamente dependiente de la voluntad política de los Estados. No es una solución inmediata, y cada caso puede demorar años. Algunas de estas deficiencias se intentan resolver con el nuevo reglamento de la Comisión

---

<sup>256</sup> Cfr. Gonzalez Volio, L.: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: XXVIIIème Session d'Enseignement: Recueil des Cours, textes et sommaires / Collection of Lectures, Texts and Summaries", Ed. Institut International des Droits De l'Homme, Strasbourg, France, 1997.

<sup>257</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Interamericana de Derechos Humanos, pero su aplicación está aún por consolidarse.

Las limitaciones<sup>258</sup> del sistema son también limitaciones de los tratados que consagran los derechos humanos. La virtual ausencia de los derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana limita la responsabilidad estatal por la falta de cubrimiento y mala atención en salud y educación. Ello ha llevado a acudir a la Declaración Americana de Derechos del Hombre, que si bien no es un tratado, también tiene carácter obligatorio (*binding power*) como costumbre.

Sin embargo, si bien la Declaración consagra los derechos económicos y sociales de forma más *expansiva*, en todo caso los derechos sociales se definen como de aplicación *progresiva*, lo cual dificulta su exigibilidad. Lo mismo sucede en el Protocolo de San Salvador, que se refiere específicamente a los derechos económicos, sociales y culturales, pero que desde su primer artículo, aunque exige la aplicación de los derechos, mantiene la *progresividad* de su realización.

A pesar de todo lo anterior en la última década el sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado una incipiente

---

<sup>258</sup> Fundamentales respecto de la temática las obras: Cassese, A. *International Law*. Second edition. Oxford University Press, 2005. pp. 234-267 y Buergenthal et al, *International Human Rights in a Nutshell (3rd Edition) (Nutshell Series)*. Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, David P. Stewart West Group Publishing Co 2nd Reprint, 2004. pp. 298 y ss.

comprensión de derechos por fuera de los civiles y políticos, siendo su producción de sentencias es muy escasa.

La mayoría de los países de América Latina ha aceptado la jurisdicción de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, radicada en San José de Costa Rica.

Sin embargo, solo los mismos estados y la Comisión pueden presentar casos ante la Corte, mientras que las víctimas sólo pueden acudir a nombre propio en el procedimiento de reparaciones.

Es por ello que para los activistas y abogados, es la Comisión, y no la Corte, la principal protagonista de su relación con el sistema interamericano.

En primer término se debe considerar que existe una clara diferencia entre el texto de la *Convención Americana de Derechos Humanos – CADH* y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos - CEDH*.

Es imprescindible enfatizar que uno de los objetivos perseguidos por la Convención Americana ha sido reducir al máximo el ámbito de discreción de las autoridades nacionales.

Así se explica que el artículo 13 de la Convención Americana contenga una expresa prohibición de la censura y sólo acepte un sistema de responsabilidades ulteriores.

Además de este obstáculo, es necesario tener presente también los principios de interpretación de la Convención Interamericana que se contienen en la misma.

Asimismo, dispone el artículo 29 que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, *suprimir* el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o *limitarlos*<sup>259</sup> en mayor medida que la prevista en ella.

En Latinoamérica, efectivamente, los jueces de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* actúan con extrema precaución defendiendo, incluso, la inaplicabilidad del margen de apreciación, y anticipan el fin de la misma en Europa<sup>260</sup>.

Según AUGUSTO CANÇADO TRINDADE<sup>261</sup>, la doctrina del margen de apreciación sólo se justifica "en el contexto de la existencia de un Estado de Derecho".

---

<sup>259</sup> En este sentido, Martín, C. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia". In: Martín, C. [et al] (org.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara / Universidad Iberoamericana / Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University, 2004, pp. 55 y ss.

<sup>260</sup> Cfr. Augusto Cançado Trindade, A. (relator), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, 2 ts., Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 78 y ss.

<sup>261</sup> *Op. cit.* Augusto Cançado Trindade, A. Ventura Robles, M. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte IDH/ ACNUR, 2004. 2ª. ed., actualizada e ampliada. pp. 45 y ss.

Como el *Estado de Derecho* "no existiría todavía en América Latina"<sup>262</sup>, concluye que no necesitamos ninguna doctrina de margen de apreciación, lo cual se vería reforzado por el hecho de que la mayoría de las violaciones a los derechos humanos en esta región se refiere a la violación de derechos *inderogables*.

Sin embargo, voy más allá de la perspectiva de Trindade: aunque haya un estado democrático de derecho establecido, toda y cualquier limitación/derogación de derechos humanos efectuada de forma indiscriminada puede minar la subsistencia de todo un sistema de protección de dichas prerrogativas fundamentales.

Bajo nuestro punto de vista, nada impide que un gobernante sin escrúpulos, en una nación en que prevalezca – o no – un estado democrático de derecho, cuando pase por circunstancias en que no la vida de la nación sino sus intereses ignominiosos e inescrupulosos estén en riesgo, utilice la doctrina del margen de apreciación para fines afrentosos, ilegales e injustificables.

En los países en desarrollo, principalmente, los pueblos que en un momento pretendían luchar por su libertad, al sentir amenazado su poder no

---

<sup>262</sup> Cfr. Augusto Cançado Trindade, A. (relator), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, 2 ts., Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 78 y ss.

dudaron en recurrir a las mismas armas que habían utilizado los regímenes coloniales que los precedieron.

En efecto, considero que el *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos* y el *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* nos ofrecen una perspectiva basada en la *precaución* y *proporcionalidad* que convendría prevalecer en todos los sistemas regionales de protección de los derechos fundamentales.

### **III. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL EN ALGUNOS CASOS DE LIBERTAD RELIGIOSA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO**

En este capítulo serán analizados algunos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concernientes a la doctrina del margen de apreciación estatal y a la Libertad Religiosa.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa a la doctrina del margen de apreciación y a la Libertad Religiosa abarca muchos aspectos imprescindibles.

Hay casos relativos al significado de la libertad religiosa, límites de manifestación de la religión o ideología, libertad de reunión y manifestación, principio de igualdad, sacrificio de animales, uso de símbolos religiosos, entidades religiosas y derecho de propiedad, libertad de enseñanza de la religión, patria potestad y educación religiosa de los hijos, sexualidad, etc<sup>263</sup>.

---

<sup>263</sup> Clasificación contenida en la base de datos de la materia de Derecho eclesiástico de la Universidad Autónoma de Madrid – UAM, organizada por el catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la UAM, D. Isidoro Martín Sánchez, disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/docencia/ecl\\_tedh.html#indiceana](http://biblioteca.uam.es/derecho/docencia/ecl_tedh.html#indiceana)>.



En efecto, el estudio realizado sobre la doctrina del margen de apreciación estatal en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>264</sup>, concierne a diversos aspectos de la libertad religiosa, *no tiene carácter exhaustivo*.

Además, es importante indicar que la clasificación que se adopta es *por materias* y no por orden cronológico.

---

<sup>264</sup> Para un examen general de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: Martínez-Torrón, J. "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos". Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, II, 1986, pp. 403 y ss.

### 3.1. Libertad Religiosa: Significado

#### 3.1.1. Sentencia Campbell y Cosan c. Reino Unido: Hechos

Según la sentencia, "las señoras Campbell y Cosans residen en Escocia. Cuando acudieron a la Comisión tenían las dos un hijo de edad escolar. Ambas se quejan de la utilización de las penas corporales como medida disciplinaria en las escuelas públicas en Escocia a las que asisten sus hijos. Por razones tanto financieras como de orden práctico, no tenían más remedio que enviarles a un centro de dicha naturaleza<sup>265</sup>".

El hijo de la señora de Cosans, Jeffrey, por haber intentado volver a su casa por un atajo prohibido a través de un cementerio, tuvo su asistencia a la escuela suspendida, pues se negó a someterse al castigo corporal. Según la sentencia, "los castigos corporales consisten en golpear la palma de la mano del alumno con una correa de cuero llamada *Atawse* (zorros o disciplinas)<sup>266</sup>".

Aún según el fallo, "la señora de Campbell acudió a la Comisión el 30 de marzo de 1976 y la señora de Cosans lo hizo el 1 de octubre. Las dos alegan que el empleo de los castigos corporales como medida disciplinaria en la

---

<sup>265</sup> Sentencia del caso Campbell y Cosan contra el Reino Unido de 25-02-1982. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CAMPBELL.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CAMPBELL.doc). Acceso en: 05 de mayo de 2009.

<sup>266</sup> *Idem, ibidem.*

escuela a la que asiste su hijo constituye un trato opuesto al artículo 3 del Convenio y afecta a su derecho, garantizado por la segunda frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1, de asegurar la educación y la enseñanza de su hijo con arreglo a sus convicciones filosóficas. La señora de Cosans sostiene además que Jeffrey sufrió, debido a su exclusión de la escuela, una violación de su derecho a la enseñanza, amparado por la primera frase del mismo artículo<sup>267</sup>".

La comisión, "filtro" de los casos hasta 1998, declaró que se violó la segunda frase del artículo 2 del Protocolo número 1 y que el artículo 3 del Convenio no fue violado.

---

<sup>267</sup> Sentencia del caso Campbell y Cosan contra el Reino Unido de 25-02-1982. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CAMPBELL.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CAMPBELL.doc). Acceso en: 05 de mayo de 2009.

### 3.1.1.1. El Margen de apreciación estatal y las convicciones filosóficas de los padres

Es importante enfatizar que la exclusión académica de Jeffrey Cosans, que estuvo en vigor durante *casi todo un año escolar*<sup>268</sup> "tuvo por motivo la *oposición* – suya y de sus padres – a que sufriera o se expusiera a sufrir un castigo corporal<sup>269</sup>."

En efecto, hubiera vuelto a la escuela, estando, por tanto, sujeto a los castigos corporales usuales en dichas instituciones de enseñanza pública, los padres hubieran actuado *en contra de sus convicciones*, que, de hecho, "el Reino Unido tiene obligación de respetar en virtud de la *segunda frase del artículo 2* [garantía de la educación y enseñanza de los hijos con arreglo a las convicciones filosóficas de los padres]<sup>270</sup>".

El Gobierno escocés impugnó el argumento de los demandantes de que la *oposición* al empleo de los castigos corporales se incluyen en el término *convicciones filosóficas*, alegando, entre otras razones, "que dicha expresión no comprende las opiniones sobre la administración interna de las escuelas, por

---

<sup>268</sup> Cfr. Sentencia del caso Campbell y Cosan contra el Reino Unido de 25-02-1982. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CAMPBELL.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CAMPBELL.doc)>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.

<sup>269</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>270</sup> *Idem, ibidem*.

ejemplo la disciplina, y que si fuera como pretende la mayoría habría que incluir igualmente entre las convicciones filosóficas las objeciones contra otros métodos disciplinarios, incluso la disciplina como tal<sup>271</sup>".

Conforme enseña el catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Autónoma de Madrid, MARTÍN SÁNCHEZ, "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha definido el término *religión*, pero si se ha esforzado en la Sentencia Campbell en delimitar por contraposición la expresión *convicciones*<sup>272</sup>".

MARTÍN SÁNCHEZ pone de relieve: "Así, en relación con el término "religión", aunque no ha sido definido jurisprudencialmente, cabe decir que para la Comisión las que pueden denominarse "tradiciones religiosas principales", tales como el cristianismo, el judaísmo, el islamismo, el hinduismo y el budismo están claramente incluidas dentro de dicho término. Pero también ha sido reconocida la relevancia, respecto del artículo 9 de los Testigos de Jehová, de la Iglesia de la Cienciología y de la Secta Moon. No obstante, en otros supuestos, la Comisión ha negado que determinadas

---

<sup>271</sup> Cfr. Sentencia del caso Campbell y Cosan contra el Reino Unido de 25-02-1982. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CAMPBELL.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CAMPBELL.doc)>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.

<sup>272</sup> *Op. cit.* Martín Sánchez, I., *in persona*.

creencias entren dentro del término "religión", o, al rechazar la demanda presentada, ha soslayado pronunciarse sobre este punto<sup>273</sup>".

La definición del *término religión*, conforme VELASCO<sup>274</sup>, es compleja y espinosa, siendo un concepto difícil de definir no sólo para el Tribunal de Estrasburgo, sino para todos los autores que intentan lograrlo.

Según los profesores ROAN, YOUNG, RUDELIUS-PALMER y WEISSBRODT, "la palabra religión significa atar rápido. Procede de la palabra latina *religare*. Dicho término se asocia, comúnmente, aunque no siempre, con tradicionales (mayoritarias, minoritarias o nuevas) creencias religiosas en

---

<sup>273</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002. pp. 19 y ss.

<sup>274</sup> Velasco, F. "Historia de las Religiones. Bibliografía General". In: <<http://webpages.ull.es/users/fradive/bibliohr.pdf>>. Conforme el autor, sobre los problemas de definición del término religión (eurocéntrico-religiocéntrico) "véanse U. Bianchi (ed.), *The Notion of "Religion" in Comparative Research*, Roma, 1994 (muy interesante, en particular los trabajos de Saler, Holdrege, Irmscher, Pye, Kim, Rudolph, Haussig); B. Saler, *Conceptualizing Religion: Immanent Anthropologists, Transcendent Natives, and Unbounded Categories*, Leiden, 1993; K. Rudolph, *Geschichte und Probleme der Religionswissenschaft*, Leiden, 1992 (esp. partes I y II); Kleine, C. (y otros, eds.) *Unterwegs*, Munich, 2004 (esp. parte 1); D. Antiseri, *El problema del lenguaje religioso*, Madrid, 1976 (Brescia, 3ª ed., 1974); W.C. Smith, *The Meaning and End of Religion*, Nueva York, 1962 o también N. Smart, *The Science of Religion and the Sociology of Knowledge: Some Methodological Questions*, Princeton, 1973. *Religion and the Western Mind*, Nueva York, 1987; otra reflexión general de interés es la de D.Z. Phillips (ed.), *Can Religion be Explained Away?*, Londres-Nueva York, 1996; también las aproximaciones interesantes (y puntualmente críticas) de J.Z. Smith, *Imagining Religion: from Babylon to Jonestown*, Chicago, 1982; *To take Place. Toward Theory of Ritual*, Chicago, 1987 o *Map is not Territory. Studies in the History of Religions*, Leiden, 1978; R. A. Segal, *Religion and the Social Sciences. Essays on the Confrontation*, Atlanta, 1989 (recopilación de trabajos de metodología); también T.A. Idinopulos y B.C. Wilson, *What Is Religion? Origins, Definitions, and Explanations*, Leiden, 1998; M.C. Taylor, (ed.), *Critical Terms for Religious Studies*, Chicago, 1998 o la introducción sucinta de R. Crawford, *What is Religion?*, Londres, 2002 o los planteamientos de J. Hick, *An Interpretation of Religion*, Nueva York, 2ª ed, 2004 o A. Sharma (ed.), *Methodology in Religious Studies*, Nueva York, SUNY Press, 2002 (enfocado en los estudios de género)".

alguna deidad o deidades. (...) La religión y otras creencias brindan esperanza y dan consuelo a billones de personas y, sostienen un clima propicio para la paz y la reconciliación. Sin embargo, han sido, también, fuente de tensiones y conflictos. Esta complejidad, así como la dificultad de definir “religión” y “creencia”, se ponen de manifiesto a través del desarrollo histórico, que sigue vivo en la actualidad, de la protección de la libertad de religión y creencia en el contexto internacional de los Derechos Humanos<sup>275</sup>”.

No obstante, conforme ROAN, YOUNG, RUDELIUS-PALMER y WEISSBRODT<sup>276</sup>, "en sede de Derechos Humanos, sin embargo, el uso de este término, normalmente, incluye también, el derecho a creencias *no religiosas*. En 1993 el Comité de Derechos Humanos, un cuerpo independiente de 18 expertos seleccionados por la ONU, describe religión o pensamiento como *creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia*<sup>277</sup>".

---

<sup>275</sup> Cfr. Roan, M., Young, L., Rudelius-Palmer, K. y Weissbrodt, D. " Guía de Estudio: Libertad de Religión o Creencia". In: <<http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/Sreligion.html# copy>>.

<sup>276</sup> Es importante mencionar la obra maestra del profesor Weissbrodt en sede de Derechos Humanos, Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996.

<sup>277</sup> Cfr. Roan, M., Young, L., Rudelius-Palmer, K. y Weissbrodt, D. " Guía de Estudio: Libertad de Religión o Creencia". In: <<http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/Sreligion.html# copy>>.

Sobre el significado de la libertad religiosa, BLANCARTE<sup>278</sup> pone de manifiesto, *inter alia*: "contrariamente a lo que se podría creer, [la libertad religiosa] no es una noción que se entiende de la misma manera por todos los individuos, grupos y naciones. Las *diferencias en su significado* pueden conducirnos al establecimiento de sistemas con mayores libertades civiles. Sin embargo, paradójicamente, también nos podrían llevar a sistemas donde se establezca, con base en ese criterio, la desigualdad y la discriminación. Una absoluta libertad religiosa, por ejemplo, podría significar el establecimiento de escuelas donde se enseñe, a partir de una determinada visión religiosa, la desigualdad entre los sexos o la supremacía de una raza sobre la otra".

Asimismo, BLANCARTE considera que el hecho de que el significado de *libertad religiosa* se inscriba en un contexto histórico y social particular, denota, en principio, tres aspectos importantes: "1) que no es un concepto de validez universal compartido y aplicable a todas las realidades en el tiempo y en el espacio; 2) que su definición y puesta en práctica no es unánime ni está garantizada, y 3) que la libertad religiosa no es, por lo tanto, un valor absoluto, sino que se inscribe en un marco social e histórico determinado que, a su vez, se

---

<sup>278</sup> Cfr. Blancarte, R. "Libertad religiosa y libertades laicas". In: <<http://centauro.cmq.edu.mx/dav/libela/pdfS/reflexcrit/080110077.pdf>>.



traduce en algunos casos en una serie de postulados jurídicos, los cuales pueden resultar limitativos de ciertas acciones de individuos o grupos<sup>279</sup>".

En efecto, decidió el Tribunal de Estrasburgo que "la palabra *convicciones*, si se considera aisladamente y en su acepción habitual, no es sinónimo de opinión e ideas, tal como las emplea el artículo 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión; aparece también en la versión francesa del artículo 9 (en inglés *beliefs*), que *consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, y se aplica a la opinión que alcanza determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia. Teniendo en cuenta el Convenio en su totalidad incluido el artículo 17, la expresión *convicciones filosóficas* se refiere en este caso, en opinión del Tribunal, a las *convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática (...)* no puede desaparecer el deber de respetar las convicciones de los padres en esta materia por la pretendida *necesidad de mantener el equilibrio entre las doctrinas opuestas de que se trate*<sup>280</sup>".

Aunque el TEDH haya intentado definir el término *convicciones*, no definió términos imprescindibles, como *religión*, *libertad religiosa*, *libertad de pensamiento* y *libertad de conciencia*. Tampoco definió el término *objeción de*

---

<sup>279</sup> Cfr. Blancarte, R. "Libertad religiosa y libertades laicas". In: <<http://centauro.cmq.edu.mx/dav/libela/pdfS/reflexcrit/080110077.pdf>>.

<sup>280</sup> Cfr. Sentencia del caso Campbell y Cosan contra el Reino Unido de 25-02-1982. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CAMPBELL.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CAMPBELL.doc)>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.

*conciencia*. Todas las expresiones mencionadas no fueran definidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, hasta el presente momento, tampoco las precisó.

En nuestra opinión el mencionado hecho suscita más indecisiones que certidumbres, no siendo un fenómeno deseable para todo el sistema de protección de los derechos fundamentales en Europa.

Es importante señalar que la propia eficacia de los derechos humanos depende del contenido legal de sus expresiones, de sus definiciones y de la realización que puedan ofrecer<sup>281</sup>.

En el caso concreto, creemos que el término *convicciones filosóficas* comprende las opiniones sobre la administración interna de las escuelas y, sobre todo, la opinión de los padres sobre el rechazo a castigos corporales impuestos a los hijos. Estamos de acuerdo con el fallo del TEDH respecto del tema, por razones obvias, incluso por el hecho de que el caso tiene casi tres décadas.

En efecto, en nuestra opinión, los castigos corporales se inscriben en un contexto histórico y social específico. Los métodos educacionales se han desarrollado exponencialmente, sería incluso contraproducente la defensa de

---

<sup>281</sup> Cfr. Weissbrodt en sede de Derechos Humanos, Newman, F. y Weissbrodt, D. *International Human Rights: Law, Policy and Process*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1996, p. 26.

agresiones físicas como medida disciplinaria en los días de hoy – por lo menos en la mayoría de los países occidentales.

De hecho, las agresiones no son compatibles con la dignidad humana y el Tribunal de Estrasburgo estuvo sensible a la época, *literis*: "las opiniones de las demandantes se relacionan con un aspecto serio e importante de la vida y de la conducta del ser humano: la integridad de la persona, la legalidad o ilegalidad de la imposición de sanciones corporales y la *supresión de la angustia que produce el peligro de un trato así*. Estas opiniones responden a los diversos criterios enumerados antes; y se diferencian en esto de las ideas que se puedan tener sobre otros métodos disciplinarios o sobre la disciplina en general<sup>282</sup>".

No obstante, *data venia*, nuestra crítica consiste en rechazar la *subjetividad y discrecionalidad* del TEDH en considerar, en el caso concreto, las *convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática* y la *necesidad de mantener el equilibrio entre las doctrinas opuestas de que se trate*, y, *diferentemente*, en muchos casos que examinaremos *infra*, no haber considerado, v.g., el uso de un símbolo religioso como algo merecedor de respeto en una sociedad democrática.

---

<sup>282</sup> Cfr. Sentencia del caso Campbell y Cosan contra el Reino Unido de 25-02-1982. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CAMPBELL.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CAMPBELL.doc)>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.

Bajo nuestro punto de vista, no se puede considerar razonable que la intolerancia prevalezca basada en criterios subjetivos de interpretación jurídica.

Volveremos al tema del margen de apreciación estatal y la educación y enseñanza de los hijos con arreglo a las convicciones filosóficas de los padres en el apartado 3.14. (Libertad Religiosa, Patria Potestad y Educación Religiosa de los Hijos).

## 3.2. Libertad Religiosa: Manifestaciones

### 3.2.1. El caso *Giniewski contra Francia*: Hechos

El caso Giniewski contra Francia es concerniente a un ciudadano austriaco que interpuso la demanda (núm. 64016/2000) contra la República de Francia, presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diciembre de 2000<sup>283</sup>, tras la publicación de un artículo criticando una encíclica papal y la elaboración de una tesis sobre el alcance de un dogma de la Iglesia católica y sus posibles vínculos con los orígenes de holocausto<sup>284</sup>.

Conforme la sentencia del TEDH, la demanda fue de hecho interpuesta por la publicación del artículo *Las tinieblas del error a propósito de la encíclica papal Esplendor de la verdad*<sup>285</sup>, más concretamente debido a los siguientes pasajes: "La Iglesia católica se autoerige en única poseedora de la verdad divina (...). Proclama vivamente el cumplimiento de la antigua alianza en la nueva, la superioridad de esta última (...)" y "(...) Numerosos cristianos

---

<sup>283</sup> Cfr. fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

<sup>284</sup> Según la sentencia del TEDH, "en el ejemplar de 4 de enero de 1994, el periódico *Le quotidien de Paris* publicó un artículo firmado por el demandante y titulado *Las tinieblas del error a propósito de la encíclica papal Esplendor de la verdad* publicada a finales de 1993 (*Veritatis Splendor*)".

<sup>285</sup> Texto disponible *ipsis literis* en el Anexo III del presente trabajo.

han reconocido que el anti-judaísmo escriturario y la doctrina del “cumplimiento” de la antigua por la nueva Alianza, conducen al antisemitismo y han abonado el terreno donde germinaron la idea y el cumplimiento de Auschwitz”.

Conforme MEYER, "Giniewski es uno de los observadores judíos más lúcidos e intransigentes en cuanto a las actitudes cristianas. Tiene fama de ser injusto por excesivo, pero no estoy seguro de que la merezca: anuncia quién es y desde dónde habla; su severidad no es amargada (...) Giniewski es el fiscal implacable de los crímenes cometidos en nombre de la fe cristiana (contra su espíritu) contra el pueblo elegido; sin embargo, su propósito es la “mutación” que va “de la shoah a la teshuva”, es decir de la catástrofe exterminadora al pedido de perdón y a la conversión (...) Giniewski protesta contra la distinción que aún intenta hacer la Iglesia católica entre el antijudaísmo cristiano y el antisemitismo moderno, racial y pagano, incluso anticristiano. Tampoco admite la diferenciación entre la culpa de cristianos individuales, históricamente equivocados, y la no responsabilidad de una institución colectiva<sup>286</sup>.”

---

<sup>286</sup> Meyer, J. "Del antijudaísmo al genocidio". In: [http://www.istor.cide.edu/archivos/num\\_5/coincidencias%20y%20divergencias.pdf](http://www.istor.cide.edu/archivos/num_5/coincidencias%20y%20divergencias.pdf).

### 3.2.1.1. El contexto histórico

El demandante plantea un debate tanto teológico como histórico sobre el alcance de ciertos principios religiosos y las raíces del Holocausto, siendo la susodicha doctrina la responsable por contener los fermentos del antisemitismo.

Los judíos creen que en el primer milenio de la era cristiana, los líderes de la jerarquía católica europea desarrollaron o solidificaron como doctrina ideas que: todos los judíos eran responsables de la crucifixión de Cristo; la destrucción del Templo por parte de los romanos y la dispersión del pueblo judío era un castigo tanto por transgresiones pasadas como por su permanente rechazo a abandonar su fe y aceptar la cristiandad<sup>287</sup>.

El clamor atribuido a los judíos: "¡Que su sangre caiga sobre nuestras conciencias y sobre las de nuestros hijos!" inducían a pensar que los judíos al crucificar a Jesús se habían juzgado y condenado a sí mismos<sup>288</sup>.

En efecto, según los judíos, los Padres de la Iglesia elaboraron una doctrina según la cual éstos culpables quedaban condenados a castigo eterno<sup>289</sup> y, como Caín, debían errar por la tierra y sufrir humillación y servidumbre en

---

<sup>287</sup> Cfr. texto publicado por el *United States Holocaust Memorial Museum*, "El Antisemitismo en la Historia", disponible en: <[www.ushmm.org](http://www.ushmm.org)>.

<sup>288</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>289</sup> *Idem, ibidem*.

testimonio de la verdad y triunfo de los dogmas cristianos (pueblo-testigo).

En los siglos X y XI<sup>290</sup>, las doctrinas equivocadas acerca de los judíos se endurecieron y unificaron en parte debido a lo siguiente:

- a) la amenaza a la jerarquía de la Iglesia por la inminente separación entre el catolicismo romano y la ortodoxia griega (1054);
- b) las sucesivas oleadas de conquista musulmana;
- c) el fervor del fin del milenio;
- d) los triunfos en la conversión de grupos étnicos paganos del norte de Europa.

No obstante, el momento crítico fué la época de las primeras cruzadas<sup>291</sup>, cuando, sobre un fondo de exaltación religiosa de las masas, se produjeron las primeras matanzas de judíos.

Comenzaron a propagarse las mentiras "propagandísticas" en contra del judío, sobre los asesinatos rituales cometidos por los judíos, sobre profanación

---

<sup>290</sup> Cfr. Vicentino, C. *História Geral*. ed. atual. e ampl. Scipione, São Paulo, 1997, pp. 340 y ss.

<sup>291</sup> Cfr. *idem, ibidem*.



de las hostias, envenenamiento de los pozos y otras leyendas análogas<sup>292</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, el antisemitismo no vino a través del protagonista del cristianismo, Jesucristo, que en Juan 4:22 reconoció que "la salvación viene de los judíos", pues él mismo es judío. Antisemitismo contra uno mismo nos parece una paradoja.

Será en los siglos posteriores, cuando la filosofía griega y las influencias de la cultura gentil se fueron infiltrando en la iglesia, y especialmente tras la "conversión" del emperador Constantino<sup>293</sup>, que, perdiendo el cristianismo su identidad original judía, se levantaron escritores que dedicaron hacia los judíos palabras de violencia y odio. Serán precisamente estos escritores de finales del siglo IV quienes hablarán contra los judíos y el judaísmo, no desde la mera disputa teológica, sino con palabras de claro contenido judeófobo. Nos referimos a hombres tenidos por "santos" por la iglesia de Roma, como, v.g., Juan Crisóstomo y Agustín de Hipona<sup>294</sup>.

Sin embargo, sería contraproducente responsabilizar solamente la iglesia católica por el Holocausto.

Dentro del contexto de la depresión económica de la década de 1930 y a través de simbolismos no sólo racistas sino también de antiguos simbolismos

---

<sup>292</sup> Cfr. Vicentino, C. História Geral. ed. atual. e ampl. Scipione, São Paulo, 1997, pp. 344 y ss.

<sup>293</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>294</sup> *Idem, ibidem*.

sociales, económicos y religiosos, el partido nazi<sup>295</sup> ganó popularidad y, después de tomar el poder, legitimidad, en parte por presentar a los "judíos" como el origen de una variedad de problemas políticos, sociales, económicos y éticos que enfrentaba el pueblo alemán.

Inspirados por las teorías de lucha racial de Adolf Hitler y la "intención" de los judíos de sobrevivir y expandirse a costa de los alemanes, los nazis, como partido oficialista de 1933 a 1938, ordenaron boicots contra los judíos, quema de libros y leyes contra los judíos<sup>296</sup>.

En 1935, las Leyes de Nuremberg definieron a los judíos por raza y obligaron la separación total de los "arios" de los "no arios". El 9 de noviembre de 1938, los nazis destruyeron sinagogas y las vidrieras de tiendas cuyos dueños eran judíos por toda Alemania y Austria (Kristallnacht). Estas medidas apuntaban a la segregación legal y social de los judíos de los alemanes y austriacos<sup>297</sup>.

Para justificar el asesinato de los judíos tanto ante los autores como ante los espectadores en Alemania y Europa, los nazis no sólo utilizaron argumentos racistas sino también argumentos derivados de estereotipos negativos antiguos, por ejemplo, que los judíos eran subversivos comunistas, especuladores y

---

<sup>295</sup> Cfr. texto publicado por el *United States Holocaust Memorial Museum*, "El Antisemitismo en la Historia" en: <[www.ushmm.org](http://www.ushmm.org)>.

<sup>296</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>297</sup> *Idem, ibidem*.

acaparadores de la guerra, y un peligro para la seguridad interna debido a su inherente deslealtad y oposición a Alemania<sup>298</sup>.

En ese contexto, es significativo poner de relieve que, como hemos visto, el Holocausto fue un proceso basado en aspectos *políticos, sociales, económicos y éticos*, no solamente *religiosos*.

En efecto, conforme el fallo, "todos testigos interrogados en la audiencia a título de buena fe y a solicitud del inculpado, han afirmado que *el nazismo, doctrina racista y biológica, era completamente ajeno al antisemitismo histórico de los cristianos y a la doctrina del "cumplimiento"* que es la realización en toda su plenitud de la Ley de la antigua alianza de Dios con su pueblo en la nueva alianza nacida del sacrificio de Cristo<sup>299</sup>".

Aún así, conforme la sentencia del caso *Giniewski contra Francia*, "los propios últimos dos Papas, Juan Pablo II y Benedicto XVI, así como las autoridades de la Iglesia católica, se han expresado sobre la posibilidad de que la forma en la que el Nuevo Testamento representa a los Judíos haya contribuido a crear una hostilidad respecto a ellos. Se hace referencia en particular a la *declaración de arrepentimiento de la Iglesia de Francia* de 30 de

---

<sup>298</sup> Cfr. texto publicado por el *United States Holocaust Memorial Museum*, "El Antisemitismo en la Historia" en: <[www.ushmm.org](http://www.ushmm.org)>.

<sup>299</sup> Cfr. Fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

septiembre de 1997, que subraya la responsabilidad histórica de la Iglesia de Francia hacia el pueblo judío, en el discurso pronunciado el 31 de octubre de 1997 por Juan Pablo II en un coloquio sobre las *Raíces del anti-judaísmo en el medio cristiano*, o, más recientemente, en el libro *El pueblo judío y sus escrituras sagradas en la Biblia cristiana*, publicado en 2001 por la Comisión bíblica pontificia bajo la dirección del Cardenal Joseph Ratzinger<sup>300</sup>.

Finalmente, es importante decir que, en nuestra opinión, el Holocausto jamás puede ser una excusa para represión de Israel a otros pueblos en los días de hoy. Bajo nuestro punto de vista, errores pasados no justifican injusticias contemporáneas.

---

<sup>300</sup> Cfr. Fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

### 3.2.1.2. La doctrina del margen de apreciación y el caso *Giniewski contra Francia*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza si hubo Violación del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En su Sentencia, el tribunal señaló concretamente que el objeto del fallo en análisis es cuestión de *indudable interés general* en una sociedad democrática cuyo debate debe desarrollarse libremente y que el artículo del demandante no es gratuitamente ofensivo, ni injurioso ni incita al odio.

Conforme la sentencia, "el demandante niega asimismo la afirmación según la cual, sob pretexto de que su artículo trata sobre una cuestión sensible de orden religioso, su libertad de expresión puede restringirse más. Considera que las circunstancias de este caso están lejos de las analizadas por el Tribunal en las Sentencias *Wingrove contra Reino Unido* y *Otto-Preminger-Institut contra Austria*<sup>301</sup>".

De esta manera, el TEDH, al contrario de los casos *Wingrove contra Reino Unido* y *Otto-Preminger-Institut contra Austria*, se niega a utilizar su

---

<sup>301</sup> Cfr. Fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

*doctrina del margen de apreciación* para limitar la libertad de expresión del demandante pues "en este caso no se trata de apreciar la forma de su artículo sino únicamente la idea que ha expuesto, sin animosidad ni voluntad de perjudicar. Precisa que en su condición de historiador y de periodista emérito, pretendía exclusivamente contribuir a la reflexión sobre la génesis del antisemitismo y la exterminación de los judíos y participar así en una controversia de interés general. Aunque concibe que su tesis no sea compartida por todos, estima, sin embargo, que su artículo ha contribuido a un debate esencial. Consciente de que su discurso ha podido chocar o lastimar a algunas personas, estima no obstante que teniendo en cuenta anteriores elementos, no debía ser objeto de una condena, no siendo ésta *necesaria en una sociedad democrática*<sup>302</sup>".

Conforme ATIENZA<sup>303</sup>, "la motivación del TEDH se centró en el requisito de si la interferencia en la libertad de expresión podía considerarse o no necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal (en este caso, por unanimidad) entendió que no y, en consecuencia, dio la razón al periodista, fundamentalmente por estas dos razones: 1) la injerencia en la libertad de expresión no se correspondía con una "necesidad social imperiosa", puesto que

---

<sup>302</sup> Cfr. Fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

<sup>303</sup> Atienza, M. "Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión". In: [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=389&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=389&seccion_ver=0).

el artículo había querido elaborar una tesis, obviamente discutible, sobre el origen del Holocausto y suponía, por ello, una contribución a un debate de ideas, sin abrir una polémica gratuita; 2) la sanción impuesta por las autoridades nacionales era desproporcionada y podía llevar a disuadir a la prensa y a los autores de participar en la discusión de cuestiones de interés general".

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo reconoce, de esta forma, que no existe una sociedad democrática sin la existencia de un contexto mínimo de libertad de expresión<sup>304</sup>.

Además, señala que dicha libertad no sólo es un elemento imprescindible para el desarrollo de la sociedad, sino también para los individuos<sup>305</sup>, que tendrán una atmósfera más participativa y saludable para la plena efectividad de la libertad de expresión en ese contexto.

Según BLAY, "el TEDH, discrepa de la judicatura francesa, y no observa en el análisis de los hechos, que el autor haya culpado a los católicos de antisemitismo y de las masacres de judíos perpetradas por los nazis. Considera que las críticas de Giniewski, se dirigían contra la posición adoptada por el Papa Juan Pablo II en una encíclica, y no contra la generalidad de los cristianos. Para el Tribunal, el periodista pretendía expresar una tesis sobre la posible

---

<sup>304</sup> Cfr. Fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

<sup>305</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

conexión entre un dogma religioso y los orígenes del Holocausto: una tesis tremendamente discutible, pero que toca una cuestión de importancia en la historia contemporánea de Occidente. Concluyendo que: "*la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión*". El Tribunal de Estrasburgo, por tanto, entiende que se trata, de una reflexión que el recurrente ha querido transmitir en su calidad de periodista e historiador, y no de un ataque a las convicciones cristianas. Dicha opinión puede resultar chocante para muchos, pero no debe ser calificada como delito de difamación<sup>306</sup>".

En efecto, el TEDH reconoce de forma implícita que la prerrogativa de la libertad religiosa consiste no solamente en opiniones consensualmente aceptadas, sino también aquellas que inquietan a los países o a una porción de los individuos, siendo una condición *sine qua non* para una sociedad abierta y tolerante, plasmada en principios imprescindibles que fundamentan los estados democráticos de derecho<sup>307</sup>.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo cuando afirma que "las restricciones a la libertad de expresión han de ser

---

<sup>306</sup> Blay, G. "Libertad de expresión y libertad de información según el TEDH: el caso *Giniewski contra Francia*". In: <http://www.legaltoday.com/index.php/practica-juridica/civil/intimidad/libertad-de-expresion-y-libertad-de-informacion-segun-el-tedh-el-caso-giniewskicontra-francia>.

<sup>307</sup> Cfr. Fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.



interpretadas de forma restrictiva<sup>308</sup>, cuando concurre el elemento de *interés público*.

En primer lugar, por una cuestión de *ideología*.

Hemos empezado el presente trabajo con una cita de Sri Aurobindo, que señala: "Es errado demandar que el individuo se *subordine a la colectividad o se disuelva en ella*, porque es por medio de los individuos (...) que la colectividad progresa y ellos pueden realmente avanzar si son libres. El individuo es, ciertamente, la clave del movimiento evolutivo".

En segundo lugar, por una cuestión de *seguridad jurídica*. Sería contraproducente conceder a un tribunal – supranacional o nacional – discrecionalidad absoluta para decidir si un determinado tema es o no de *interés general*, un término cuya definición no ha sido positivada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Planteamos algunas cuestiones que consideramos importantes en ese contexto:

- ¿Qué es – o no – un asunto de *interés general*?

---

<sup>308</sup> Cfr. Fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

- ¿Cuáles son los criterios objetivos utilizados para analizar la existencia o no de *interés público*?
- ¿Qué criterios utilizar, exclusivamente desde una perspectiva jurídica objetiva (no culturales, periodísticos, o cualquier otro basado en la axiología de las autoridades judiciales) para la definición de un asunto de *interés general*?

Finalmente, aunque no estamos de acuerdo respecto de la ausencia de criterios jurídicos objetivos respecto de la definición de un asunto de interés general, no puede olvidarse que “la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión<sup>309</sup>”.

De esta forma, respecto de la expresión *tema de interés público en el contexto de la libertad de expresión y libertad religiosa*, propondríamos definirla como siendo un asunto plasmado en opiniones, críticas o cualquier manifestación ideológica, a través de artículos y trabajos académicos, científicos o periodísticos, o en manifestaciones de la libertad artística (v.g. películas, videos, televisión, obras de teatro, *internet*, lienzos), que no sea

---

<sup>309</sup> Cfr. Fallo del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

responsable por suprimir, limitar o mitigar los derechos fundamentales contenidos en los diplomas nacionales y tratados internacionales del sistema internacional de protección de los derechos humanos, las normas de *ius cogens*, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional<sup>310</sup>.

Es importante destacar que la lista de ejemplos de *manifestaciones de la libertad artística* propuesta en el concepto *supra* no es exhaustiva y puede ampliarse conforme avance el proceso de evolución del ser humano y de sus manifestaciones artísticas y culturales.

---

<sup>310</sup> Para un mayor detenimiento sobre el tema *fuentes del derecho internacional*: Cassese, A. *International Law*. Oxford University, Oxford, 2004, p. 18; Van Dervort, T. *International Law and Organization*, Sage Publications, London, 1998, p. 29; Carter, B. y Trimble, P.. *International Law*, Aspen Law & Business, New York, 1999, p. 38; Janis, M. y Noyes, J. *Cases and Commentary on International Law*, West Publishing, St. Paul, 1997, p. 23; Slomanson, W. *Fundamental Perspectives on International Law*, West International Law, Wadsworth, 2000, p. 34.

### 3.2.2. El caso *Paturel contra Francia*: Hechos

El caso en análisis es sutilmente distinto a los casos concernientes a las implicaciones de la libertad de expresión en temas religiosos que analizaremos *infra*.

En efecto, el respeto a los sentimientos religiosos presuntamente violados por la libertad de expresión conferida a los individuos es, en el caso concreto, sustituido por la reputación de las personas o instituciones ofendidas *que tienen aspecto religioso*.

Según TORRES<sup>311</sup>, "*Paturel v. France relates to the French social and public perception of Jehovah's witnesses as sects. The applicant, a Jehovah's Witness, had been sanctioned for the publication of a book denouncing and criticising the action of a private association with public funding in its fight against sects (Jehovah's witnesses considered so). The Court did not declare the violation of article 9 but it did condemn France for infringing article 10 of the Convention.*"

En efecto, en febrero de 1996 el demandante, Christian Paturel, había publicado un libro titulado "*Sectes, Religions et Libertés Publiques*" en el que

---

<sup>311</sup> Torres, A. "Strasbourg Court Jurisprudence and Human Rights in France: An Overview of Litigation, Implementation and Domestic Reform". In: <http://www.juristras.eliamap.gr/wp-content/uploads/2008/09/france.pdf>.

criticaba y acusaba la *Union nationale des associations de défense de la famille et de l'individu* (Unión Nacional de Asociaciones para la Defensa de la Familia y del Individuo - UNADFI)<sup>312</sup>.

La obra *Sectas, Religiones y Libertades públicas* afirmaba que la UNADFI, creada en 1974, había manifestado desde sus inicios que seguía “teorías pseudo-científicas de los psiquiatras americanos, concretamente de John Clark, Louis West y Margaret Singer tendentes a una *normalización de la sociedad*<sup>313</sup>” que se encontraba “en peligro por los nuevos movimientos sectarios<sup>314</sup>”.

El demandante puso de manifiesto que la UNADFI, integrada manifiestamente en el movimiento anti-sectas, era una “correa de transmisión de una ideología de exclusión basada en el odio, en la discriminación religiosa, en la intoxicación y la manipulación de las masas y en mentiras y prejuicios<sup>315</sup>”.

Además, en dicha obra el demandante denunciaba los métodos de “desprogramación” que utilizaban los movimientos anti-sectas, promovidos y defendidos por la UNADFI, que “presenta gran similitud con las técnicas soviéticas vigentes en los buenos tiempos del comunismo: internamiento

---

<sup>312</sup> Cfr. Sentencia del caso *Paturel contra Francia* de 22-10-2005. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_2005\\_134.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_2005_134.rtf)>. Acceso en: 15 de enero de 2009.

<sup>313</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>314</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>315</sup> *Idem, ibidem*.

psiquiátrico de los disidentes” e “inyecciones masivas de sustancias químicas<sup>316</sup>”.

Según el demandante, “los atentados más graves contra los derechos humanos se habían cometido en el ejercicio del dudoso método de “desprogramación” creado por ciertos psiquiatras americanos en quienes se inspiran los dirigentes de la UNADFI. La Iglesia católica ha podido aportar su larga y rica experiencia de (...) la Inquisición<sup>317</sup>”.

Aún según el demandante, fue la susodicha asociación “un instrumento en manos del Vaticano al servicio de una ideología controvertida” que incitaba al odio, a la violencia, al sectarismo, al prejuicio, a la intolerancia ante todo aquello que se apartase de la *normalidad* socio-religiosa<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> Cfr. Sentencia del caso *Paturel contra Francia* de 22-10-2005. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_2005\\_134.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_2005_134.rtf)>. Acceso en: 15 de enero de 2009.

<sup>317</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>318</sup> *Idem, ibidem*.

### 3.2.2.1. La doctrina del margen de apreciación estatal y el caso Paturel contra Francia

El Tribunal correccional de París, por sentencia de 25 marzo 1997, declaró al demandante y al director de publicación culpables de *difamación* de un particular, en este caso la UNADFI, sobre la base de los artículos 29 y 32 de la Ley de 29 de julio de 1881 de prensa<sup>319</sup>.

En recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el demandante alegó violación de sus derechos a la libertad de pensamiento y de expresión tal y como los consagran los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La divergencia del TEDH con los jueces franceses surgió al estimar si dicha *injerencia* era “necesaria en una sociedad democrática”, esto es, si respondía a una “necesidad social imperiosa<sup>320</sup>” para ese tipo de sociedad.

El Tribunal de Estrasburgo<sup>321</sup>, al analizar si las autoridades nacionales habían ejercido legítimamente su *margen de apreciación* para juzgar si la

---

<sup>319</sup> Cfr. Sentencia del caso *Paturel contra Francia* de 22-10-2005. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_2005\\_134.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_2005_134.rtf)>. Acceso en: 15 de enero de 2009.

<sup>320</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>321</sup> *Idem, ibidem*.

intromisión en la libertad de expresión del demandante era legítima, señaló que la presencia de aspectos como *buena fe*, *prudencia* y *justo equilibrio* entre la protección a la reputación de las personas (art. 8 del Convenio) y la libertad de expresión (art. 10 del Convenio) eran importantes.

Sin embargo, destacó el TEDH que “de ello no se deduce que deba *limitarse* a indagar si el Estado demandado hizo uso de este poder de buena fe, con cuidado y de forma razonable; deberá examinar la injerencia a la luz del conjunto del caso, incluido el alcance de las palabras que se reprochan a los demandantes y el contexto en el que éstos las pronunciaron. Concretamente, corresponde al Tribunal determinar si la medida enjuiciada fue *proporcional a los fines legítimos perseguidos* y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen *pertinentes y suficientes*”<sup>322</sup>.

Además, el Tribunal de Estrasburgo destacó la importancia de tener en cuenta dos matices<sup>323</sup>:

---

<sup>322</sup> Analizar, *mutatis mutandi*, las sentencias: *News Verlags GMBH & Co KG* contra Austria [TEDH 2000\ 2] , núm. 31457/1996; *Chauvy y otros* contra Francia, núm. 64915/2001 [TEDH 2004\ 47]; *Zana* contra Turquía de 25 noviembre 1997 [TEDH 1997\96]; *Repertorio de sentencias y resoluciones* 1997-VII, pp. 2547-2548; y *Lehideux e Isorni*, [TEDH 1998\49].

<sup>323</sup> Cfr. Sentencia del caso *Paturel contra Francia* de 22-10-2005. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_2005\\_134.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_2005_134.rtf)>. Acceso en: 15 de enero de 2009.



a) Si la libertad de expresión se refería a la expresión de *hechos* o de *opiniones*;

b) Si uno u otro estaba relacionado con un asunto de *interés general*.

Respecto del primer matiz, según el Tribunal de Estrasburgo, a la hora de evaluar si concurrió o no el rigor profesional (plasmado en la veracidad de la información) había que diferenciar entre las declaraciones de hechos y los juicios de valor (aspectos axiológicos), *literis*: “Si la materialidad de los primeros [hechos] se puede probar, los segundos [juicios de valor] no se prestan a una demostración de exactitud o certeza. La obligación de probar la veracidad en los juicios de valor no sólo es imposible de cumplir sino que puede atentar contra la libertad de opinión, que es un elemento fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 del CEDH<sup>324</sup>”.

Respecto del segundo matiz, señala el TEDH que, sean informaciones, o meras opiniones, la esfera de defensa de esas expresiones de la *prerrogativa de*

---

<sup>324</sup> Cfr. Sentencia del caso *Paturel contra Francia* de 22-10-2005. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_2005\\_134.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_2005_134.rtf)>. Acceso en: 15 de enero de 2009.

*la libertad de expresión* será más protegida cuanto más fundida sea con *asuntos de interés general*.

En el caso concreto, bajo nuestro punto de vista, el aspecto axiológico (opiniones, consideradas *ab initio* calumniosas por las autoridades nacionales) prevalecía sobre el aspecto material (hechos concretos)<sup>325</sup>.

Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo reiteró su entendimiento (plasmado en algunas sentencias analizadas en el presente trabajo) de que "la libertad de expresión ampara no sólo las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que ofenden, chocan o inquietan"<sup>326</sup>.

Conforme BLAY, la libertad de expresión "que se traduce en críticas ofensivas es menos limitable cuando se ejerce contra instituciones que contra personas individuales"<sup>327</sup>.

De hecho, es evidente la existencia de hechos cabales (presuntos excesos ejecutados por asociaciones y personas que guerrearán contra el apareamiento de nuevas sectas) interconectados a la opinión difundida.

---

<sup>325</sup> Igualmente en ese sentido Bernal, S. "La objeción de conciencia, entre la norma y el deber moral". In: <<http://www.notivida.com.ar/Articulos/Objecion%20de%20conciencia/Objecion%20de%20conciencia.html>>.

<sup>326</sup> Cfr. Sentencia del caso *Paturel contra Francia* de 22-10-2005. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_2005\\_134.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_2005_134.rtf)>. Acceso en: 15 de enero de 2009.

<sup>327</sup> Blay, G. "Libertad de expresión. Cambio jurisprudencial: *Paturel vs. Francia*". In: <http://www.legaltoday.com/index.php/practica-juridica/civil/intimidad/libertad-de-expresion-cambio-jurisprudencial-paturel-v-francia>.

Según BLAY, el TEDH entendió que los pasajes del libro de Paturel considerados difamatorios contenían, sobre todo, "juicios de valor, y eran por tanto de *naturaleza discutible* en sí mismos. Así mismo, la documentación aportada en el proceso en Francia, bastaba al Tribunal para entender que se había vulnerado el artículo 10 del Convenio, pues al exigir al demandante que probase la veracidad de los extractos, sacados de contexto, en el litigio, los tribunales nacionales habían sobrepasado el margen de apreciación del que disponen<sup>328</sup>".

En ese contexto, el problema que se plantea es el enlace de los hechos susodichos con el *interés general*.

Respecto del tema de la libertad de expresión sobre temas religiosos de *interés general*, mantenemos nuestra definición<sup>329</sup> propuesta en el apartado concerniente a la sentencia *Giniewski contra Francia*.

Bajo nuestra opinión, en el caso concreto, el tema es de *interés general* y no puede ser considerado ofensivo, pues no suprime, limita o mitiga derechos

---

<sup>328</sup> Blay, G. "Libertad de expresión. Cambio jurisprudencial: Paturel vs. Francia". In: <http://www.legaltoday.com/index.php/practica-juridica/civil/intimidad/libertad-de-expresion-cambio-jurisprudencial-paturel-v-francia>.

<sup>329</sup> Hemos propuesto la siguiente definición para la expresión *asunto de interés general* en el contexto de la *libertad de expresión y libertad religiosa*: "asunto plasmado en opiniones, críticas o cualquier manifestación ideológica, a través de artículos y trabajos académicos, científicos o periodísticos, o en manifestaciones de la libertad artística (v.g. películas, videos, televisión, obras de teatro, *internet*, lienzos), que no sea responsable por suprimir, limitar o mitigar los derechos fundamentales contenidos en los diplomas nacionales y tratados internacionales del sistema internacional de protección de los derechos humanos, las normas de *ius cogens*, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional".

fundamentales contenidos en diplomas nacionales y tratados internacionales del *sistema internacional de protección de los derechos humanos*, normas de *ius cogens*, el derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho internacional<sup>330</sup>.

---

<sup>330</sup> Para un mayor detenimiento sobre el tema: Dupuy, R. *Manuel sur les organisations internationales*. 2nd ed. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998.

### 3.2.3. Caso Kokkinakis contra Grecia: Hechos

El Sr. Minos Kokkinakis, convertido a los Testigos de Jehová en 1936, y su esposa, ambos griegos, el 2 de marzo de 1986 ingresaron en la vivienda de la Sra. Kyriakaki, donde empezaron una discusión con ella. Fueron, entonces, denunciados por el marido de esta última, ministro (chantre) de una iglesia ortodoxa de la ciudad, siendo arrestados en el puesto de la policía local, donde pasarán la noche.

La Sra. Kyriakaki declaró, *inter alia*: “(...) Ellos me han hablado de cosas que no comprendía muy bien. No se puede hablar de una discusión, sino de un monólogo constante por su parte (...). Si ellos me hubieran dicho que eran testigos de Jehová no les habría dejado entrar en mi casa. No recuerdo si me hablaron del reino de los cielos. Se quedaron en mi casa alrededor de diez minutos o cuarto de hora. Todo lo que me contaron era de naturaleza religiosa, pero ignoro la razón por la cual me lo contaban. Yo no puedo conocer la finalidad de su visita. Puede que ellos me dijeran cualquier cosa *con el fin de*

*alterar mi conciencia religiosa (...)*. Sin embargo, la discusión no ha tenido influencia (...) <sup>331</sup>”.

El demandante y su esposa fueron procesados por infracción del artículo 4 de la ley nº 1363/1938 que castiga el proselitismo, siendo remitidos ante el *tribunal correccional de Lassithi*, que condenó a cada uno a "cuatro meses de prisión convertibles en 400 dracmas por día de detención" <sup>332</sup>.

Tras intentos frustrados ante la *Corte de apelación de Creta* y la *Corte de Casación*, el demandante impetró su demanda ante la Comisión (filtro de los casos a la época) el 25 de Agosto de 1988.

El demandante y su esposa consideraban que la condena por proselitismo violaba los derechos garantizados por los artículos 7 (prohibición de la retroactividad de las leyes penales), 9 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 10 (Libertad de Expresión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos <sup>333</sup>.

Según la sentencia, la comisión decidió que no existió violación del artículo 7 (once votos contra dos), que hubo violación del artículo 9

---

<sup>331</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kokkinakis contra Grecia* de 25-5-1993. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINAKIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINAKIS.doc)>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.

<sup>332</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>333</sup> *Idem, ibidem*.

(unanimidad) y que no se planteó una cuestión diferenciada desde la perspectiva del artículo 10 (doce votos contra uno)<sup>334</sup>.

---

<sup>334</sup> Cfr. Sentencia del caso Kokkinakis *contra Grecia* de 25-5-1993. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINAKIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINAKIS.doc)>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.

### 3.2.3.1. El Margen de Apreciación plasmado en la injerencia del estado griego

El Sr. Kokkinakis alegó la *injerencia estatal* en el derecho al ejercicio de su libertad de religión y la "dificultad lógica y jurídica de trazar una línea de demarcación entre proselitismo y libertad de *cambiar de religión o de convicciones y de manifestarlas individual o colectivamente, en público o en privado*, que englobaría toda enseñanza, toda publicación y toda predicación entre personas<sup>335</sup>".

Conforme la sentencia, el TEDH decidió que "es preciso reconocer a los Estados contratantes un cierto *margen de apreciación* para juzgar de la existencia de una injerencia, pero ello es compatible con un control europeo sobre la ley y sobre las decisiones que la aplican, incluso cuando emanan de una jurisdicción independiente. La labor del Tribunal consiste en determinar si las medidas nacionales se justifican en sus principios y son proporcionadas<sup>336</sup>".

No obstante, el Tribunal de Estrasburgo falló, por seis votos contra tres, que hubo violación del artículo 9 y que la definición en abstracto de

---

<sup>335</sup> Cfr. Sentencia del caso Kokkinakis *contra* Grecia de 25-5-1993. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINAKIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINAKIS.doc). Acceso en: 05 de mayo de 2009.

<sup>336</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.



*proselitismo abusivo* plasmada en el artículo 4 de la ley nº 1363/1938 no se imponía al caso en concreto.

Sobre el tema del proselitismo, la *Declaración sobre la libertad religiosa Dignitatis humanae* reconoció, *literis*: "*todos os homens, porque são pessoas, a saber, dotados de razão e vontade livre, e, portanto, elevados pela responsabilidade pessoal, são impelidos por sua própria natureza e também por uma obrigação moral a buscar a verdade, em primeiro lugar, a que diz respeito à Religião. Estão igualmente obrigados a aderir à verdade conhecida e a ordenar toda sua vida de acordo com as exigências da verdade. Não podem, no entanto, satisfazer a esta obrigação, de maneira consentânea à sua própria natureza a não ser que gozem da liberdade psicológica e ao mesmo tempo da imunidade de coação externa. O direito à liberdade religiosa não se funda, pois, numa subjetiva disposição da pessoa, e sim na sua própria natureza. De onde, o direito a esta imunidade persevera mesmo naqueles que não satisfazem à obrigação de buscar a verdade e de a ela aderir; e seu exercício não pode ser impedido, desde que se ressalve a justa ordem pública*<sup>337</sup>".

---

<sup>337</sup> Intervención de la Santa Sede en la 58ª Sesión de la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre. 12 de Abril de 2002. Disponible en: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/documents/rc\\_seg-st\\_doc\\_20020412\\_martin-human-rights\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_doc_20020412_martin-human-rights_po.html)>.

Conforme CASTRO MAYER<sup>338</sup>, hubo, por tanto, un reconocimiento de la Santa Sede contrário a la tradición católica sobre el deber moral de los hombres y sociedades en relación a la Religión Católica, que siempre tuvo en consideración que la "Religión verdadera" debería ser favorecida y amparada por el Estado, mientras el proselitismo de las "religiones falsas" debería ser impedido<sup>339</sup>, si necesario, a través de medidas coercitivas, *inter alia*: "*Como se vê os Papas ensinaram taxativamente que a propaganda das religiões falsas deve ser "impedida", "reprimida" ("Ci Riesce"), se necessário portanto com coação externa. Assim sendo, não é apenas o erro, abstratamente considerado, que carece de direitos ("Libertas", BAC, p. 196; "Ci Riesce"), mas também as pessoas concretas que propagam o erro em matéria religiosa ("Syllabus", prop. 78; Enc. "Libertas", BAC, p. 196). Por outro lado, os Papas não condenaram apenas a liberdade religiosa absoluta e ilimitada, que ofende a moralidade e a ordem pública (Enc. "Libertas"). Mas declararam expressamente que é a difusão do erro, enquanto tal, que deve ser impedida, mesmo nos casos em que*

---

<sup>338</sup> Cfr. Castro Mayer, A. "O conceito de Liberdade Religiosa na *Dignitatis Humanae* do Concílio Vaticano II". In: <<http://www.permanencia.org.br/revista/politica/castromayer.htm>>.

<sup>339</sup> Analizar, *mutatis mutandi*, Pio VI, Carta "Quod aliquantum", in "La Paix intérieure des Nations", Solesmes, pp. 4 y ss.; Enc. "Adeo Nota", ib. p. 7; Pio VII, Carta Apost. "Post tam diuturnas", ib. pp. 18 y ss.; Gregório XVI, Enc. "Mirari Vos", DS. 2731ss.; Pio IX, Enc. "Singulari Nos" in La Paix Int. des Nat. p. 29; Leão XIII, Enc. "Humanum Genus", in BAC, Doct. Pont. II, p. 168; Enc. "Immortale Dei", ib. p. 193/4, 204/5, 207/8; S. Pio X, Carta "Vehementer Nos", ib. pp. 384 y ss.; Pio XI, Enc. "Quas Primas", ib. p.504; Carta "Ci é domandato", ib. vol. V, p. 125; Enc. "Non abbiamo bisogno", ib. II, p. 594; Pio XII, Carta ao Episc. Bras. AAS. 1950, p. 841.

*não prejudique a chamada ordem pública (Enc. "Quanta Cura" e "Libertas"; e "Ci Riesce")*<sup>340</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, no hubo tentativa de proselitismo *abusivo* por parte del demandante y su esposa. La Sra. Kyriakaki, esposa de un ministro de una *iglesia ortodoxa* de la ciudad, al afirmar que el demandante y su esposa hablaron de *cosas que no comprendía muy bien* firmó una confesión *ficta* de culpa y mala voluntad.

En efecto, es difícil creer que el tema de la religión sea algo desconocido para alguien que convive con un presbítero diariamente. Las estadísticas presentadas por el demandante (de 1975 a 1992 han sido procesados 4.400 testigos de Jehová, de los cuales 1233 han sido juzgados y 208 condenados<sup>341</sup>) denotan una cierta intolerancia de los adeptos de la religión dominante en Grecia (Iglesia Ortodoxa).

El TEDH concluyó que "la libertad religiosa es también libertad para *manifestar la religión*. Los testimonios, en palabras y actos, se encuentran ligados a la existencia de las convicciones religiosas. En los términos del artículo 9, la libertad de manifestar la religión no se ejerce únicamente de

---

<sup>340</sup> Cfr. Castro Mayer, A. "O conceito de Liberdade Religiosa na *Dignitatis Humanae* do Concílio Vaticano II". In: <<http://www.permanencia.org.br/revista/politica/castromayer.htm>>.

<sup>341</sup> Cfr. Sentencia del caso Kokkinakis *contra Grecia* de 25-5-1993. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINAKIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINAKIS.doc). Acceso en: 05 de mayo de 2009.

manera colectiva, *en público* y en el círculo de los que comparten la misma fe; sino también *individualmente* y *en privado*; implica, en principio, el derecho de intentar convencer al prójimo, por ejemplo por medio de una *enseñanza*, sin que *la libertad de cambiar de religión o de convicción* consagrada por el artículo 9, tenga que quedar en letra muerta<sup>342</sup>".

---

<sup>342</sup> Cfr. Sentencia del caso Kokkinakis *contra* Grecia de 25-5-1993. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINAKIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINAKIS.doc)>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.

### 3.3. Libertad Religiosa: Límites

#### 3.3.1. El caso *Otto Preminger-Institut c. Austria*: Análisis de los Hechos

El caso<sup>343</sup> es relativo a la asociación *Otto Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung - OPI*, que gestionaba un cine con licencia en Innsbruck.

En dicho cine la asociación demandante (OPI) tenía la intención de proyectar, el 13 de mayo de 1985, la película *Das Liebekoonzil* ("concilio de amor"), de Wemer Schroeter, una adaptación de la tragedia satírica de Oscar Panizza en la que se criticaban de manera *caricaturesca* ciertas representaciones simplistas del credo cristiano y se analizaba la relación entre religión y los mecanismos de opresión temporal<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> Cfr. *Otto Preminger-Institut c. Austria*, par. 56, Sentencia de 20 de septiembre de 1994. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_OTTO\\_PREMINGER.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_OTTO_PREMINGER.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008>.

<sup>344</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

Conforme FERREIRO GALGUERA<sup>345</sup>, "en la película, Dios, que aparece como un demente senil e impotente, Jesucristo, a quien presenta como un hijo malcriado y retrasado, y la Virgen María, a quien pinta como una desvergonzada, deciden que la Humanidad debía ser castigada por su inmoralidad. Pero, en vez de destruirla, acordaron que era mejor castigarla para que tuviera necesidad de salvación y posibilidad de redención. Al no ser capaces de encontrar la forma de castigo pidieron ayuda al Diablo, ante quien se postra y besa Dios. Lucifer sugiere mandarles una enfermedad de transmisión sexual (la sífilis) para que se contaminasen unos a otros sin darse cuenta. A tal efecto, el Diablo engendra con Salomé una hija que propagará la enfermedad por la Tierra. Como contraprestación, el Diablo reclama la libertad de pensamiento. Maria dice que "lo tendrá que pensar". Salomé ejecutará su tarea, en primer lugar, entre los representantes del poder temporal, después entre la Corte del Papa, y entre los conventos y monasterios y, finalmente, entre el resto de los mortales".

FERREIRO GALGUERA señala que "algunas escenas son especialmente ofensivas en tanto que muestra una cierta tensión erótica entre la Virgen y el Diablo, a Jesucristo besando y acariciando lascivamente los senos

---

<sup>345</sup> Cfr. Ferreiro Galguera, J. "Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia de Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, 2006, pp. 09 y ss.

de su madre, quien lo tolera, y a Dios la Virgen y a Jesús aplaudiendo al Diablo<sup>346</sup>”.

Tras una demanda de la diócesis de Innsbruck de la Iglesia católica romana, el fiscal inició acciones penales contra el gerente de la asociación demandante, tres días antes de la fecha prevista para la proyección de la película, con el motivo de sospecha de tentativa de “denigración de preceptos religiosos”, infracción castigada por el artículo 188 del Código Penal austriaco.

El día anterior al previsto para la proyección, el tribunal regional de Innsbruck ordenó la retirada de la película<sup>347</sup>, que, por tanto, no pudo ser mostrada al público, caracterizandose la injerencia estatal en el derecho a la libertad de expresión.

---

<sup>346</sup> Cfr. Ferreiro Galguera, J. "Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia de Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, 2006, pp. 09 y ss.

<sup>347</sup> Cfr. *Otto Preminger-Institut c. Austria*, par. 56, *Sentencia de 20 de septiembre de 1994*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_OTTO\\_PREMINGER.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_OTTO_PREMINGER.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008>.

### 3.3.1.1. El caso Otto Preminger-Institut c. Austria y la doctrina del margen de apreciación estatal

Las medidas objeto del litigio Otto Preminger-Institut c. Austria pretendían *proteger el derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos por la expresión pública de las opiniones de otras personas*.

La sociedad demandante alegó haber visto tanto en la retirada, como en la incautación subsiguiente de la película, una infracción del artículo 10 del Convenio (Libertad de Expresión)<sup>348</sup>.

Al fin y al cabo, el Tribunal de Estrasburgo decidió que no hubo violación<sup>349</sup>.

No obstante, el TEDH ya decidió que "en una sociedad democrática, donde muchas religiones coexisten en el seno de una misma población, puede ser necesario que dicha libertad *sufra limitaciones* derivadas de la necesidad de

---

<sup>348</sup> Cfr. *Otto Preminger-Institut c. Austria*, par. 56, Sentencia de 20 de septiembre de 1994. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_OTTO\\_PREMINGER.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_OTTO_PREMINGER.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008>.

<sup>349</sup> Cfr. *idem, ibidem*.



conciliar los intereses de diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de todos<sup>350</sup>".

La sentencia entiende que las medidas concretas de intromisión de la libertad de expresión adoptadas en este caso (el embargo y la confiscación de una película), en la medida que tiende a eliminar aquellos ataques contra objetos de veneración religiosa que por su naturaleza pueden provocar una "justificada indignación", y en la medida que pretenden proteger el derecho de los ciudadanos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos a través de expresiones públicas, son consideradas por la Corte como medidas legítimas en tanto que persiguen "un fin legítimo en el contexto del artículo 10, a saber, la protección de los derechos de los demás"<sup>351</sup>".

El Tribunal recuerda su constante jurisprudencia que señala, en particular, que la *libertad de expresión* vale no sólo para las "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que se enfrentan chocan o inquietan al Estado o a una fracción cualquiera de la población<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kokkinakis contra Grecia* de 25-5-1993. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINAKIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINAKIS.doc)>. Acceso en: 05 de mayo de 2009>.

<sup>351</sup> Cfr. *Otto Preminger-Institut c. Austria*, par. 56, Sentencia de 20 de septiembre de 1994. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_OTTO\\_PREMINGER.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_OTTO_PREMINGER.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008>.

<sup>352</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”<sup>353</sup>.

Quien ejerza los derechos y libertades consagrados en el artículo 10 asume no sólo prerrogativas, sino también obligaciones, como, en el contexto de las opiniones y de las creencias religiosas, puede legítimamente estar comprendida una obligación de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que de manera gratuita sean ofensivas para los demás y constituyan, por tanto, un ataque a sus derechos.

De ello se deriva que en principio se puede juzgar necesario en algunas *sociedades democráticas* sancionar, pero también prevenir, ataques injuriosos contra objetos de veneración religiosa, teniendo en cuenta siempre que cualquier “formalidad”, “condición”, “restricción” o, “sanción”, sea impuesta en proporción al fin legítimo perseguido<sup>354</sup>.

Como para la “moral”, no es posible distinguir en Europa una concepción uniforme del significado de la religión dentro de la sociedad; concepciones semejantes pueden variar incluso dentro de un sólo país.

---

<sup>353</sup> Cfr. Arai, Y. [et al.]. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp, Intersentia, New York, 2002. pp. 44 y ss.

<sup>354</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Por tanto, las autoridades nacionales disponen de un cierto margen de apreciación para determinar la existencia y la extensión de la necesidad de una *injerencia* semejante.

El Tribunal reconoce que, así como no se puede establecer un concepto de religión que sea válido para toda Europa, tampoco es posible establecer, con carácter definitivo, cuándo una ofensa a los sentimientos religiosos constituye un *límite* legal a la libertad de expresión<sup>355</sup>.

Conforme la sentencia<sup>356</sup>, ese margen de apreciación que se reconoce a las autoridades nacionales *no puede ser ilimitado*, pues tiene que desarrollarse en armonía con el espíritu del Convenio que, entre otras cosas, mantiene que debido a la importancia que la libertad de expresión tiene en las sociedades democráticas, las necesidades de los límites o restricciones a la misma ha de ser interpretada de forma restrictiva.

En el caso concreto, las autoridades nacionales declararon la legitimidad de las restricciones teniendo en cuenta dos factores concretos: el impacto que dicha película tendría en la sociedad, mayoritariamente católica, y las medidas cautelares adoptadas por la asociación recurrente.

---

<sup>355</sup> Cfr. *Otto Preminger-Institut c. Austria*, par. 56, Sentencia de 20 de septiembre de 1994. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_OTTO\\_PREMINGER.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_OTTO_PREMINGER.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008>.

<sup>356</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

En opinión de las autoridades nacionales, la película habría producido un fuerte impacto en la sociedad, habida cuenta del importante papel que la religión ocupaba en la vida cotidiana<sup>357</sup>.

A la vista de la importancia de las libertades en juego, la necesidad de cualquier restricción debe ser establecida de manera convincente.

La película que fue retirada y confiscada por las decisiones de las jurisdicciones austriacas se basa en una obra de teatro, pero el presente caso sólo concierne a la producción cinematográfica en cuestión.

Es de subrayar que, bajo nuestro punto de vista, para respaldar la decisión de los tribunales austriacos, el TEDH no sólo se limitó a señalar la ya consabida ausencia de una concepción uniforme sobre el significado de la religión en el ámbito europeo, sino que dio un paso más al añadir que “las concepciones pueden variar incluso dentro de un mismo país<sup>358</sup>”.

Por ello, para juzgar debidamente si existía una necesidad social imperiosa de intervenir, “(...) no se puede obviar el hecho de que la religión católica romana es la de la inmensa mayoría de los tirolese. Al retirar la película, las autoridades austriacas actuaron para proteger la paz religiosa en esta región e impedir que algunos se sientan atacados en sus sentimientos

---

<sup>357</sup> Cfr. *Otto Preminger-Institut c. Austria*, par. 56, Sentencia de 20 de septiembre de 1994. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_OTTO\\_PREMINGER.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_OTTO_PREMINGER.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008>.

<sup>358</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

religiosos de manera injustificada y ofensiva. Es competencia en primer lugar de las autoridades nacionales, mejor situadas que el juez internacional, la evaluación de la necesidad de semejantes medidas a la luz de la situación existente en el plano local en una época concreta<sup>359</sup>,”

Esto es, el hecho de que la población local sea mayoritariamente católica obliga a tomar en consideración sus criterios de valoración. Y en la medida en que, a la vista de los mismos, existía la posibilidad de que la película pudiera suscitar un sentimiento de indignación en esa comunidad, el TEDH concede que las autoridades austriacas podían impedir su exhibición para proteger de los derechos de los creyentes.

Bajo nuestro punto de vista, con esta decisión el TEDH deriva peligrosamente hacia una excesiva fragmentación del concepto de *sociedad democrática abierta*, que es la dimensión en la cual se inscribe el Convenio. Fragmentación que permite justificar variaciones incluso locales en los contenidos y el alcance de la tutela de la libertad religiosa, perjudicando así seriamente el objetivo integrador del Convenio, concebido como vehículo para la construcción de una concepción común de los derechos, tal como se subraya en su Preámbulo.

---

<sup>359</sup> Cfr. *Otto Preminger-Institut c. Austria*, par. 56, Sentencia de 20 de septiembre de 1994. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_OTTO\\_PREMINGER.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_OTTO_PREMINGER.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008>.

Tal y como el Tribunal ha señalado en la sentencia *Kokkinakis contra Grecia*, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 del Convenio) representa uno de los pilares de una *sociedad democrática* en el sentido del Convenio<sup>360</sup>.

En la sentencia *Kokkinakis*<sup>361</sup>, el Tribunal juzgó, en el contexto del artículo 9, que un Estado puede legítimamente estimar necesario adoptar medidas encaminadas a reprimir ciertas formas de comportamiento, incluida la

---

<sup>360</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kokkinakis contra Grecia* de 25-5-1993. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINAKIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINAKIS.doc). Acceso en: 05 de mayo de 2009, *inter alia*: "En Grecia el proselitismo, definido legalmente como toda tentativa directa o indirecta de influir en la conciencia de otra persona con el fin de modificar sus creencias, está prohibido constitucionalmente y sancionado penalmente. Y en este caso el demandante era un testigo de Jehová que, denunciado por la esposa de un chanter de la iglesia ortodoxa oficial tras haber mantenido con ella una conversación sobre cuestiones religiosas, había sido condenado a prisión. El TEDH comenzó trazando una razonable - pese a la terminología utilizada- distinción entre el legítimo "testimonio cristiano" (¿acaso no cabe fuera del cristianismo?) y el "proselitismo abusivo", que recurre a métodos coactivos o violentos. Pero cuando cabía esperar que el próximo paso fuera el examen de la legislación griega a la luz de dicha distinción, se limitó sin más a aceptarla como buena en virtud del margen de apreciación estatal, concluyendo a renglón seguido que en el caso juzgado existía una violación del Convenio porque los tribunales griegos, en la motivación de su sentencia, se habían limitado exclusivamente a reproducir los términos de la ley "sin precisar suficientemente en qué había intentado el detenido convencer a su prójimo recurriendo a medios abusivos".

<sup>361</sup> Sobre el fallo, Cerdas Cruz, R.; Nieto Loaiza, R. (org.). *Estudios Básicos de Derechos Humanos Internacionales*. San José de Costa Rica, IIDH, 2004. pp. 23 y ss. "¿es realmente conciliable con la libertad de manifestar las creencias una legislación como la griega, que sanciona penalmente la más mínima tentativa de persuadir al interlocutor, haciendo así del debate religioso un acto coercitivo per se, independientemente de los medios utilizados?. No sólo parece consustancial a la libertad religiosa la pretensión de dar a conocer abierta y públicamente las propias creencias -incluso con la intención de persuadir a los demás-, sino que la tolerancia y el pluralismo que el propio Tribunal entiende como inherentes al sistema democrático demandan la posibilidad de una genuina y libre confrontación de ideas también en este ámbito. La incompetencia del Estado para juzgar en materias de doctrina religiosa, y una mínima exigencia de neutralidad en su actuación, impiden que éste pueda interferir o prohibir un diálogo voluntariamente emprendido entre individuos, y mucho menos "proteger" a uno de ellos contra la mera tentativa por parte de otro de persuadirle a cambiar sus creencias, siempre que los medios utilizados sean legítimos".

comunicación de informaciones e ideas consideradas incompatibles con el respeto a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los demás.

Se puede legítimamente considerar que el respeto a los sentimientos religiosos de los creyentes, tal y como está garantizado en el artículo 9, ha sido violado por unas representaciones provocadoras de objetos de culto religioso.

De ahí su doble función como instrumento habilitador de las injerencias estatales en el ejercicio de las libertades y, al mismo tiempo, como expediente limitador de dichas intromisiones que las sujeta al cumplimiento de determinadas exigencias.

Tensiones que el TEDH maneja mediante el recurso a su *doctrina del margen de apreciación nacional*, en virtud de la cual reconoce a las autoridades nacionales una cierta discrecionalidad tanto a la hora de juzgar sobre la existencia de una situación de necesidad social imperiosa como de elegir y poner en práctica las medidas adecuadas para satisfacer tal necesidad.

Este margen de discrecionalidad no es, sin embargo, idéntico en todos los casos sino que el TEDH lo modula teniendo en cuenta varios factores, tales como la naturaleza del derecho y su importancia, el fin perseguido con la

injerencia, la existencia de un consenso europeo en la materia, el contexto del caso, etc<sup>362</sup>.

En este sentido, puede apreciarse claramente que, mientras el TEDH ha reducido el *margen de apreciación estatal* para interferir en el ámbito de los artículos 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y asociación) en virtud de su condición de elementos esenciales para garantizar el pluralismo en el seno de una sociedad democrática, *contrario sensu*, en lo tocante a la libertad de conciencia y religiosa, aquél ha enfatizado la incidencia de ciertos factores que operan en la dirección contraria, ampliando enormemente ese margen discrecional en la actuación estatal.

Fundamentalmente, el TEDH se ha apoyado para ello en la ausencia de un consenso europeo en materia religiosa: “Cuando están en juego cuestiones relativas a la relación entre el Estado y las confesiones religiosas, respecto de las cuales las opiniones en una sociedad democrática pueden diferir ampliamente, debe concederse una importancia especial al papel del órgano nacional (...). No se puede discernir en Europa una concepción uniforme sobre

---

<sup>362</sup> Cfr. Arai, Y. [et al.]. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* / editors Pieter van Dijk [et al.]. 4th ed. – Antwerpen, Intersentia, Oxford, 2006, pp. 34 y ss. y *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp, Intersentia, New York, 2002. pp. 13 y ss.



el significado de la religión en la sociedad, y el significado o impacto de la expresión pública de una creencia diferirá según el momento y el contexto. Consecuentemente, las normas en esta esfera variarán de un país a otro según las tradiciones nacionales, así como las exigencias impuestas por la necesidad de proteger los derechos de los demás y mantener el orden público. Por tanto, la elección de la extensión y la forma de tales regulaciones debe dejarse inevitablemente hasta cierto punto al Estado interesado, puesto que dependerá del contexto doméstico<sup>363</sup>."

La falta de consenso se ha convertido así en la razón que justifica la *concesión a las autoridades nacionales de un amplísimo poder discrecional* para restringir las manifestaciones de las creencias religiosas.

En efecto, dicha estrategia efectivamente parece contrariar el objetivo integrador del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la lógica interpretativa habitual en materia de derechos fundamentales, que exige una interpretación amplia de los derechos y estricta de sus limitaciones.

El resultado ha sido una concepción muy restrictiva de la libertad tutelada que limita seriamente, cuando no cercena de raíz, algunas de las

---

<sup>363</sup> *Op. cit.* §109 de la Sentencia del caso Leyla Sahin contra Turquía. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

manifestaciones más íntimamente ligadas a la expresión de las creencias y que merma considerablemente el valor del pluralismo en el plano religioso.

En su texto *On Liberty*<sup>364</sup> (“Sobre la libertad”), STUART MILL se refirió a la tensión que siempre existe entre libertad y autoridad<sup>365</sup>. En otras palabras, libertad y hegemonía están destinadas a oponerse.

Sin embargo, la ideología liberal igualitaria occidental está ahí para ofrecer una salida política y alimentar el mito de que “autoridad” y “libertad” pueden ser consideradas como las dos caras de una misma moneda.

---

<sup>364</sup> Stuart Mill, J. *On Liberty*. Batoche Books, Ontario, 2001. pp. 06 y ss.

<sup>365</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*: “*The struggle between Liberty and Authority is the most conspicuous feature in the portions of history with which we are earliest familiar, particularly in that of Greece, Rome, and England. But in old times this contest was between subjects, or some classes of subjects, and the Government. By liberty, was meant protection against the tyranny of the political rulers. The rulers were conceived (except in some of the popular governments of Greece) as in a necessarily antagonistic position to the people whom they ruled. They consisted of a governing One, or a governing tribe or caste, who derived their authority from inheritance or conquest, who, at all events, did not hold it at the pleasure of the governed, and whose supremacy men did not venture, perhaps did not desire, to contest, whatever precautions might be taken against its oppressive exercise. Their power was regarded as necessary, but also as highly dangerous; as a weapon which they would attempt to use against their subjects, no less than against external enemies. To prevent the weaker members of the community from being preyed upon by innumerable vultures, it was needful that there should be an animal of prey stronger than the rest, commissioned to keep them down. But as the king of the vultures would be no less bent upon preying on the flock than any of the minor harpies, it was indispensable to be in a perpetual attitude of defence against his beak and claws. The aim, therefore, of patriots was to set limits to the power which the ruler should be suffered to exercise over the community; and this limitation was what they meant by liberty. It was attempted in two ways. First, by obtaining a recognition of certain immunities, called political liberties or rights, which it was to be regarded as a breach of duty in the ruler to infringe, and which if he did infringe, specific resistance, or general rebellion, was held to be justifiable*”.

La libertad de expresión es efectivamente la libertad que uno tiene para exteriorizar sus ideas.

La historia de los derechos fundamentales nos muestra, de hecho, que esta libertad se configura característicamente como libertad de expresión del pensamiento no conformista o disidente, de aquel que cuestiona y pone en tela de juicio los valores mayoritariamente aceptados.

Se trata de un expediente valioso precisamente porque, como afirma de manera general el TEDH, ampara aquellos puntos de vista que chocan, inquietan e incluso ofenden los sentimientos mayoritarios.

No obstante, bajo nuestro punto de vista, una vez más el Tribunal de Estrasburgo perdió la oportunidad de mitigar una doctrina tan contradictoria como la doctrina del margen de apreciación estatal.

### 3.3.2. El caso Wingrove contra Reino Unido: Hechos.

El demandante, el señor Wingrove, realizó un video musical de dieciocho minutos de duración titulado *Visiones de Éxtasis*, cuyas imágenes están referidas a la vida y a la obra de Santa Teresa de Ávila y a sus visiones de Jesucristo<sup>366</sup>.

Conforme la sentencia, "la acción del filme se centra en una joven vestida de monja que se supone representa a Santa Teresa. Al principio de la película, la religiosa, vestida con un vestido negro que deja adivinar su cuerpo, se clava un gran clavo en la mano y extiende la sangre por su vestido y sus senos desnudos. Presa de movimientos convulsivos, derrama el vino de misa que contiene un cáliz, luego lo lame hasta el suelo. Pierde el conocimiento. Esta secuencia cubre aproximadamente la mitad de la película. En la segunda parte, se ve a Santa Teresa de pie, con un vestido blanco, los brazos sujetos por encima de la cabeza con una cuerda blanca que le ata las muñecas. No lejos de ahí, la silueta desnuda de otra mujer, que se supone es su psique, se dirige lentamente hacia ella. Habiéndole alcanzado, la psique comienza a acariciarle los pies y las piernas, después el vientre, los senos, y termina por besarla

---

<sup>366</sup> Cfr. Sentencia del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc)>. Acceso en: 11 de enero de 2009>.

apasionadamente. A lo largo de esta escena Santa Teresa parece estremecerse con un placer erótico intenso. La escena es entrecortada a intervalos frecuentes por otra escena en la que se puede ver el cuerpo de Cristo crucificado, con la cruz sobre el suelo. Santa Teresa comienza por besar los estigmas que tiene en los pies, luego sube por su cuerpo y besa o lame la llaga abierta en su costado derecho. A continuación se sienta sobre él a horcajadas, aparentemente desnuda bajo sus ropas y, haciendo movimientos que sugieren una excitación intensa, besa sus labios. Durante algunos instantes el Cristo parece reaccionar a sus besos. Esta escena está entrecortada por los besos apasionados de la psique descritos anteriormente. Por último, Santa Teresa desliza su mano hasta la mano clavada del Cristo y entrelaza sus dedos con los de él. Los dedos del Cristo parecen cerrarse sobre los suyos, escena con la que acaba la película<sup>367</sup>".

El demandante solicitó ante el órgano competente British Board of Film Classification el certificado de difusión que le otorga la correspondiente calificación<sup>368</sup>.

La solicitud fue rechazada por resolución de 18 de septiembre de 1989, aduciendo que el video vulneraba la vigente ley sobre blasfemia<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> Cfr. Sentencia del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc)>. Acceso en: 11 de enero de 2009>.

<sup>368</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

En efecto, conforme el fallo del caso *Wingrove*, en Inglaterra, la blasfemia es un delito de *common law*, tipificado por la jurisprudencia, no por la legislación, siendo un delito que es casi obsoleto en los días de hoy<sup>370</sup>.

Conforme el §27 de la sentencia<sup>371</sup>, en el caso *Whitehouse c. Gay News Ltd and Lemon* [1979], uno de los jueces había proclamado que el delito de blasfemia venía correctamente formulado en el artículo 214 del Compendio Jurisprudencia de Stephen (Stephen's Digest) que rezaba así: "Será blasfema toda publicación que contenga aspectos despectivos, injuriosos, difamantes o escarnecedores referidos a Dios, Jesucristo, la Biblia, o a los dogmas de la Iglesia de Inglaterra tal como están establecidas por la ley. No será blasfemas las palabras u opiniones publicadas hostiles a la religión o que nieguen la existencia de Dios, si la publicación se expresa en un lenguaje decente y moderado. Lo relevante no es pues el fondo de las declaraciones sino la forma que adoptan<sup>372</sup>".

Además las Cámara de los Lores decidió también que el elemento intencional del delito no exigía intención concreta de blasfemar. Era suficiente

---

<sup>369</sup> Cfr. Sentencia del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc)>. Acceso en: 11 de enero de 2009>.

<sup>370</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>371</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>372</sup> *Idem, ibidem*.

que se probase que la intención de publicar la obra y que la materia publicada fuese objetivamente blasfema<sup>373</sup>.

El demandante recurrió ante el TEDH argumentando que las autoridades inglesas al haberle negado el certificado de la calificación para su vídeo habían vulnerado su libertad de expresión regulado en el artículo 10 del Convenio<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> Cfr. Sentencia del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc)>. Acceso en: 11 de enero de 2009>.

<sup>374</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

### **3.3.2.1. El caso Wingrove contra Reino Unido y la doctrina del margen de apreciación estatal**

En efecto, para determinar si la negación del certificado podría ser o no considerada como una violación del artículo 10 del CEDH, o sea, una injerencia estatal plasmada en la discreción conferida por la *doctrina del margen de apreciación*, el Tribunal de Estrasburgo seguiría los pasos establecidos en la sentencia *Otto Preminger vs Austria*:

- a) previsión de la restricción en la ley nacional;
- b) persecución de fin legítimo y
- c) si era necesaria en una sociedad democrática<sup>375</sup>.

Tras haber visto el vídeo, el Tribunal de Estrasburgo consideró que “el demandante había podido razonablemente prever, ayudado de la pertinente

---

<sup>375</sup> Cfr. Sentencia del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc)>. Acceso en: 11 de enero de 2009>.



asesoría legal, que la película, particularmente aquellas escenas en la que Santa Teresa aparecía con Jesucristo crucificado, podían entrar dentro del supuesto de hecho del delito de blasfemia.<sup>376</sup>”

Respecto del fin legítimo perseguido, el TEDH entendió que el lo que perseguía la interferencia a la libertad de expresión (la ley de blasfemia) era legítimo en tanto que, como aseguraban las autoridades de instancia británicas, pretendía proteger a los que profesasen simpatía hacia la historia o la ética cristiana frente a aquellos tratamientos de las materia religiosa que por su tono, su estilo o su espíritu pudieran previsiblemente ultrajarles por la carga injuriosa, despreciativa, escarnecedora o difamatoria de las manifestaciones<sup>377</sup>.

Sin embargo, el TEDH afirmó, *inter alia*: "no es competencia de la Corte Europea regular en abstracto la compatibilidad existente entre ciertas leyes nacionales y el Convenio<sup>378</sup>".

Bajo nuestro punto de vista, en el sistema de protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa, el Tribunal de Estrasburgo es el único órgano supranacional con competencia para regular la compatibilidad existente entre normas nacionales y el CEDH.

---

<sup>376</sup> Cfr. Sentencia del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc)>. Acceso en: 11 de enero de 2009>.

<sup>377</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>378</sup> *Idem, ibidem*.

En nuestra opinión, aunque sean convenientes, afirmaciones como la susodicha no contribuyen para el desarrollo del sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito europeo.

Respecto del tema de la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática, el TEDH señaló que no había un consenso en los países europeos acerca de si se podía restringir la distribución de materiales sobre la base de que fueran blasfemos<sup>379</sup>.

Además, el Tribunal de Estrasburgo apuntó esa misma falta de consenso a la hora de determinar hasta que punto unas declaraciones o proclamaciones potencialmente ofensivas pueden ser legítimamente restringidas por las autoridades nacionales<sup>380</sup>.

Por esas razones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos volvió a defender su doctrina del margen de apreciación estatal para dirimir los límites entre la libertad de expresión y “los asuntos susceptibles de ofender convicciones íntimas<sup>381</sup>.”

Es importante decir que la susodicha doctrina, en ese contexto, se encuentra plasmada en la necesidad de otorgar a las autoridades nacionales más

---

<sup>379</sup> Cfr. Sentencia del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc).

Acceso en: 11 de enero de 2009.

<sup>380</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>381</sup> *Idem, ibidem*.

poder, pues, según el TEDH, tienen mayor contacto con las *fuerzas vivas* del país que el juez internacional<sup>382</sup>.

En informe concerniente a la libertad de expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>383</sup>, sobre el caso Wingrove contra Reino Unido, observó, *inter alia*: "*Ao determinar se a interferência era "necessária numa sociedade democrática", a Corte reconheceu que existiam sólidos argumentos para abolir as leis de blasfêmia, como seu caráter discriminatório. Adicionalmente, existia um acordo suficiente quanto ao sentido jurídico e social entre os Estados membros do Conselho da Europa acerca da questão sobre se a censura de material blasfêmio era desnecessária numa sociedade democrática. A Corte entendeu que os Estados estão em melhores condições que um órgão internacional para determinar o que ofende as pessoas, particularmente quando as convicções religiosas variam no espaço e no tempo. A Corte respaldou esta afirmação com o postulado de que os Estados contam com uma ampla "margem de apreciação" quando regulamentam a expressão vinculada a "matérias suscetíveis de ofender convicções pessoais íntimas na esfera da moral, especialmente a religião", enquanto que os Estados dispõem*

---

<sup>382</sup> Cfr. Sentencia del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc)>. Acceso en: 11 de enero de 2009>.

<sup>383</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe concerniente a la Libertad de Expresión. In: <<http://www.cidh.oas.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=491&lID=4>>.

*de menos liberdade para restringir a expressão ou o debate político de matérias que afetam o interesse público".*

Conforme NAVARRO-VALLS, "la sentencia Wingrove contra Reino Unido reitera la legitimidad, en una sociedad democrática, de la protección de contenidos culturales de trasfondo sagrado frente agresiones de alto voltaje. (...) Habría que buscar la causa de tantos litigios en materia de libertad religiosa, en que los problemas de libertad no discriminación religiosa no suelen plantearse - por lo menos en Occidente - en términos de agresiones directas a las propias convicciones, sino en forma de agresiones indirectas<sup>384</sup>".

Aún según NAVARRO-VALLS, el criterio seguido por el Tribunal de Estrasburgo en la sentencia puede sintetizarse en este razonamiento contenido en uno de los votos particulares: *el límite de la libertad de expresión radica en que su ejercicio no implique un nivel tan grande de injuria y de denegación de la libertad de religión de otro, que la propia libertad de expresión pierda el derecho a ser tolerada por la sociedad.*

NAVARRO-VALLS defiende que "la clave la explica Martín Retortillo llamando la atención sobre el distinto tratamiento del Tribunal según se trate de hechos en los que priman las expresiones gráficas o, al contrario, las orales o escritas. Cuando lo gráfico se asocia a lo gravemente soez y gratuito, con

---

<sup>384</sup> Navarro-Valls, R. *Del Poder y de la gloria*. 1. ed., Encuentro, Madrid, 2004, p. 157.

escenas sexuales provocadoras y sin calidad artística, el Tribunal reacciona aprobando la posición restrictiva de la libertad de expresión. Es lo que el propio autor denomina *la fuerza de las imágenes*. Cuando, al contrario, de lo que se trata es del *debate sobre las ideas*, dentro del ámbito de la palabra escrita u oral, la posición del Tribunal suele decantarse por dar preferencia a la libertad de expresión. Lo cual no quiere decir que este criterio sea absolutamente axiomático. Pudiera suceder que dentro del *debate de las ideas* se den expresiones (orales o escritas) de tal intensidad que inciten al odio, violencia o discriminación en el marco de la religión. En estos supuestos – sea cual sea el vehículo difusivo y como el TEDH ha dicho expresamente – las expresiones que buscan difundir, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, no gozan de la protección otorgada por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (libertad de expresión). En síntesis: así como sería una insensatez proclamar una libertad religiosa sin límites, también correrían peligro las bases de una sociedad democrática si se autorizaran ataques gratuitos, graves y discriminadores contra las convicciones religiosas. Lo exige la doble vertiente de la tolerancia, no sólo protectora de la libertad de expresión sino también de la integridad de los propios grupos sociales<sup>385</sup>".

---

<sup>385</sup> Navarro-Valls, R. "Convicciones religiosas y libertad de expresión". In: <http://www.conoze.com/doc.php?doc=7566>

### 3.4. Libertad Religiosa y Libertad de Reunión y Manifestación

#### 3.4.1. El caso *Plattform Ärzte für das Leben contra Austria*:

##### Hechos

*Ab initio*, es importante decir que *Plattform Ärzte für das Leben* es una organización de médicos que “luchan contra el aborto y pretenden que se modifique la legislación austríaca a este respecto”<sup>386</sup>.

La asociación demandante organizó, en los ochenta, dos manifestaciones ante la clínica de un médico que practicaba abortos, tras la realización de una misa contraria a la práctica en análisis.

Según la asociación demandante, la policía permaneció completamente pasiva en las dos manifestaciones a que se refiere este litigio<sup>387</sup>.

*Plattform Ärzte für das Leben* presentó el 30 de noviembre un pedido de autorización en la Comisaría de policía del distrito de Wels-Land. La policía autorizó a los manifestantes a utilizar la vía pública.

---

<sup>386</sup> Cfr. Sentencia de 21-6-1988, *Plattform Ärzte für das Leben contra Austria*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_PLATTFORM.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_PLATTFORM.doc)>. Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

<sup>387</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Sin embargo, la policía prohibió otras manifestaciones proyectadas por partidarios del aborto “porque coincidían en el tiempo y en el lugar on la de Plattform<sup>388</sup>”.

Según el susodicho fallo<sup>389</sup>, “temiendo que se produjeran incidentes, quisieron modificar sus proyectos poco antes de que empezara la manifestación, en contacto con las autoridades locales. Desistieron de manifestarse ante la clínica del cirujano y acordaron, en su lugar, acudir en procesión ante un altar situado en un lugar alejado de la iglesia en que debía celebrarse la ceremonia religiosa. Los representantes de la policía les advirtieron que la mayor parte de las fuerzas de seguridad se habían situado ya a lo largo del itinerario previsto en principio y que, debido a las características del terreno, el nuevo que se proyectaba no era conveniente para vigilar los movimientos de la multitud. No se negaron a protegerles, pero hicieron constar que sería imposible - con independencia de la dirección escogida o que se escogiera - impedir que los manifestantes contrarios arrojaran huevos o perturbaran tanto la manifestación como la ceremonia religiosa”.

---

<sup>388</sup> Cfr. Sentencia de 21-6-1988, Plattform Ärzte für das Leben contra Austria. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_PLATTFORM.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_PLATTFORM.doc)>. Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

<sup>389</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

Aún según la Sentencia de 21-6-1988<sup>390</sup>, “durante la misa, numerosos manifestantes opuestos se agruparon ante la iglesia sin que la policía los disolviera; y perturbaron la manifestación que se encaminaba hacia la ladera de la colina, mezclándose con los manifestantes y dificultando con sus gritos el rezo del rosario. Sucedió lo mismo en la ceremonia celebrada al aire libre: unas quinientas personas intentaron interrumpirla utilizando altavoces, y arrojaron sobre los reunidos huevos. Al final de la ceremonia, cuando los ánimos estaban tan excitados que podían producirse actos violentos, las unidades especiales antidisturbios, que hasta ese momento no habían intervenido, formaron un cordón entre los grupos contrincantes, lo cual permitió que la procesión volviera a la iglesia”.

---

<sup>390</sup> Cfr. Sentencia de 21-6-1988, Plattform Ärzte für das Leben contra Austria. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_PLATTFORM.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_PLATTFORM.doc)>. Acceso en: 17 de noviembre de 2008.



#### 3.4.1.1. La doctrina del margen de apreciación estatal en el caso *Plattform Ärzte für das Leben contra Austria*.

Conforme BUESA, "La libertad de reunión es una de las llamadas libertades colectivas. (...) Tras la Revolución Francesa del siglo XVIII, los derechos y libertades individuales contaron con un claro reconocimiento y una enérgica defensa en los textos legales posteriores. Hablamos entonces del liberalismo. No obstante, no sucedió lo mismo con los derechos y libertades colectivas; (...) El Liberalismo tiene una característica muy peculiar; reduce toda la realidad al sujeto. El hombre es la causa, el principio y el término de toda la actividad creadora. De esta forma se lo eleva al sujeto a un podio que no le corresponde, el de autosuficiente. Pervivía la idea por la cual se creía que cuando el hombre pasaba a formar parte de la sociedad, muchos de sus derechos y libertades individuales desaparecían. Este afán por situar al individuo por encima de la sociedad dio lugar al olvido de los derechos y libertades colectivas<sup>391</sup>".

*Plattform Ärzte für das Leben* interpuso la demanda número 10126/82 ante la Comisión en el 13 de septiembre de 1982 tras la supuesta insuficiente

---

<sup>391</sup> Buesa, J. "La Libertad de Reunión en el Derecho Español". In: <http://html.rincondelvago.com/libertad-de-reunion.html>.

protección de la policía durante sus manifestaciones del 28 de diciembre de 1980 y del 1 de mayo de 1982.

La asociación demandante criticó a las autoridades austriacas “por haber ignorado el verdadero significado de la libertad de reunión al no garantizar con sus actos concretos el desarrollo normal de sus manifestaciones”<sup>392</sup>.

Alegaba la demanda que se violaron los artículos 9 (*Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*), 10 (*Libertad de expresión*), y 11 (*Libertad de reunión y de asociación*) del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>393</sup>.

Además, la asociación demandante invocó el artículo 13 (*derecho a un recurso efectivo*), pues, bajo su punto de vista, “el ordenamiento legal austríaco no le proporcionó ningún recurso efectivo ante una jurisdicción nacional para asegurar el ejercicio de los derechos controvertidos”<sup>394</sup>.

El 17 de octubre de 1985, la Comisión Europea declaró “inadmisible” la demanda, “por manifiesta falta de fundamento”<sup>395</sup>, en cuanto a las reclamaciones en el ámbito de los artículos 9, 10 y 11; sin embargo, la admitió

---

<sup>392</sup> Cfr. Sentencia de 21-6-1988, Plattform Ärzte für das Leben contra Austria. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_PLATTFORM.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_PLATTFORM.doc)>. Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

<sup>393</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>394</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>395</sup> *Idem, ibidem*.

“a trámite en relación al artículo 13<sup>396</sup>”, según el cual “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos [en el Convenio Europeo de Derechos Humanos] hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una jurisdicción nacional, incluso cuando se haya cometido la violación por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales<sup>397</sup>”.

El gobierno de Austria invocó la *doctrina del margen de apreciación estatal* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, alegó que la elección de los medios que hay que utilizar en una determinada situación “depende de la facultad discrecional del Estado<sup>398</sup>” y que el artículo 11 del CEDH “no obliga al Estado a proteger las manifestaciones contra quienes pretenden dificultarlas o perturbarlas”<sup>399</sup>.

Según el susodicho Gobierno, no se justificaba la intervención inmediata por la falta de actos violentos graves, y porque, además, habría provocado ataques personales.

---

<sup>396</sup> Examinar, *mutatis mutandi*, las sentencias: Klass y otros contra Alemania de 6 de septiembre de 1978, Serie A n.º 28, pág. 29, pár. 64 y Vilvarajah y otros contra el Reino Unido de 30 de octubre de 1991, Serie A n.º 215, pág. 39, par. 122).

<sup>397</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

<sup>398</sup> Cfr. fallo de 21-6-1988, Plattform Ärzte für das Leben contra Austria. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_PLATTFORM.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_PLATTFORM.doc). Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

<sup>399</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

El Tribunal de Estrasburgo<sup>400</sup> declaró, *ipsis literis*: “aunque los Estados Contratantes deben tomar medidas razonables y adecuadas para el desarrollo pacífico de las manifestaciones legales, no pueden garantizarlo absolutamente y tienen amplias facultades discrecionales en la elección de los medios que se han de utilizar. En esta materia, la obligación que asumen los Estados, en virtud del artículo 11 del Convenio, es la de tomar las medidas, no la de garantizar el resultado. (...) El Tribunal no ha de pronunciarse sobre la oportunidad o la eficacia de la táctica que siguieron en este caso las fuerzas de seguridad; sólo debe averiguar si se puede defender la opinión de que las autoridades competentes no tomaron las medidas necesarias”.

Sin embargo, la Comisión, en su resolución de 17 de octubre de 1985 sobre la admisión de la demanda, defendió que el artículo 11 obliga implícitamente al Estado a proteger las manifestaciones, siendo garantizado el derecho de Libertad de Manifestación.

El Tribunal de Estrasburgo<sup>401</sup> defendió que los participantes deben poder celebrar manifestaciones sin temer los posibles actos violentos de sus oponentes, ya que este temor podría disuadir a las asociaciones o a otros grupos

---

<sup>400</sup> Cfr. Sentencia de 21-6-1988, Plattform Ärzte für das Leben contra Austria. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_PLATTFORM.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_PLATTFORM.doc)>. Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

<sup>401</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

que defienden sus opiniones o intereses comunes de expresarse abiertamente sobre cuestiones palpitantes de la vida de la sociedad.

Además, el TEDH mantuvo que, en una democracia, el derecho de contramanifestación no puede llegar hasta paralizar el ejercicio del de manifestarse<sup>402</sup>.

Por consiguiente, según el Tribunal, la libertad real y efectiva de reunión pacífica no se reduce a un mero deber de no interferirse por parte del Estado; una concepción simplemente negativa no estaría de acuerdo con el objeto y la finalidad del artículo 11<sup>403</sup>.

Este precepto, lo mismo que el artículo 8, requiere a veces, aún conforme el Tribunal de Estrasburgo, medidas positivas incluso, si es necesario, en el ámbito de las relaciones entre individuos<sup>404</sup>.

Según LINERA<sup>405</sup>, "es importante destacar la dimensión objetiva del *derecho de reunión*: además de la obligación negativa de los poderes públicos de no lesionarlo, existe también la obligación positiva de contribuir a su efectividad, incluso en el ámbito de las relaciones individuales; así, se ha dicho

---

<sup>402</sup> Cfr. Sentencia de 21-6-1988, Plattform Ärzte für das Leben contra Austria. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_PLATTFORM.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_PLATTFORM.doc)>. Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

<sup>403</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>404</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>405</sup> Linera, M. "Los derechos de las personas en su dimensión social". In: [http://ocw.uniovi.es/file.php/547/1C\\_C13796\\_A/LECCION\\_5.pdf](http://ocw.uniovi.es/file.php/547/1C_C13796_A/LECCION_5.pdf)

que 'los Estados deben tomar medidas razonables y adecuadas para el desarrollo pacífico de las manifestaciones legales' (...) Se amparan diversas formas de ejercicio de este derecho: reuniones, concentraciones, manifestaciones, desfiles, siempre que sean 'pacíficas', exigencia que constituye un límite positivo al derecho, excluyendo de su objeto las violentas".

Finalmente, es importante decir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que las autoridades austriacas no dejaron de tomar las medidas razonables y adecuadas; no hubo, por tanto, ninguna alegación defendible sobre la violación del artículo 11; y, en consecuencia, según el TEDH, el artículo 13 no es aplicable al caso de autos.

Bajo nuestro punto de vista, el TEDH tiene razón al resaltar que el artículo 11 del CEDH no obliga al gobierno de Austria a preservar las manifestaciones contra quienes intentan obstaculizarlas o turbarlas.

No obstante, en nuestra opinión, si una manifestación es minoría, y si el tema de la manifestación es muy polémico y encuentra resistencia en el seno social, el riesgo intrínseco que existe al hecho de manifestarse públicamente es casi un *impedimento tácito* que afecta directamente la expresión ostensiva de la ideología de un individuo.

De esa forma, no nos parece equivocada la presencia de un órgano del gobierno cuyas funciones inherentes son concernientes a la manutención de la paz y orden público en una situación como la del caso concreto.

En ese contexto, consideramos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos actuó de forma *naïve* y contraproducente.

### 3.5. Libertad Religiosa y Principio de Igualdad

#### 3.5.1. Caso *Tinnelly contra Reino Unido*: Hechos

*Tinnelly & Sons Ltd.*, una empresa especializada en la demolición de oficinas, cuya sede se encuentra en Irlanda del Norte, es el primer demandante del caso en análisis, siendo los segundos demandantes el director general de la sociedad, Patrick Tinnelly, y su hermano, Gerard Tinnelly, *ambos católicos*. El tercer demandante, *también católico*, es el secretario general<sup>406</sup>.

En 1984, la *Northern Ireland Electricity Services* (NIE) empezó el procedimiento de licitación concerniente a la demolición de la central eléctrica de *Ballylumford* y a la adquisición de los materiales para la ejecución de la obra<sup>407</sup>.

La empresa demandante, que participaba de una relación de entidades comerciales interesadas en dicha transacción, reveló su interés por el contrato de demolición, haciendo una proposición comercial el 28 marzo 1985. Tras examinar la oferta – considerada competitiva – y la experiencia de la empresa

---

<sup>406</sup> Cfr. Fallo del caso *Tynnelly contra Reino Unido* de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELLY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELLY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>407</sup> Cfr. *idem, ibidem*.



demandante, una comisión de dirección de la NIE, reunida el 2 mayo 1985, recomendó la aceptación<sup>408</sup>.

No obstante, el 26 junio 1985, fue tomada una medida que opinaba conceder la demolición de la central eléctrica de *Ballylumford* a la entidad comercial que había ofrecido la oferta más favorable *después* de *Tinnelly & Sons Ltd.*, a saber, la empresa *McWilliam Demolition Ltd.*, cuya sede se localiza en Glasgow<sup>409</sup>.

El 28 junio 1985, la empresa demandante recibió una carta ratificando que no se le había concedido la demolición de *Ballylumford*, no siendo anunciadas las motivaciones de dicha medida<sup>410</sup>.

El 21 agosto 1985, la empresa demandante propuso una *subcontratación* con *McWilliam* para eliminar el amianto de la sede de la central eléctrica. Fue pactada un encuentro para el 29 agosto 1985 en la sede de *Tinnelly*. La demandante fue comunicada ese mismo día de que *McWilliam* había resuelto cancelar el encuentro. Fue informada, por el director de *McWilliam*, que, por

---

<sup>408</sup> Cfr. Fallo del caso *Tynnelly contra Reino Unido* de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>409</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>410</sup> *Idem, ibidem*.

motivos de *seguridad*, la NIE no había contratado a los trabajadores de la demandante, siendo imposible la subcontratación de la demandante<sup>411</sup>.

La sentencia del caso Tinnelly destaca, *inter alia*: "En los detalles de la queja que presentó ante la Agencia para la igualdad en materia de trabajo (*Fair Employment Agency*), [la demandante] señaló que, según McWilliam, era la mejor posicionada para obtener la obra de Ballylumford, pero no la había finalmente obtenido ya que los sindicatos del lugar no hubieran permitido a los empleados de Tinnelly penetrar en la sede y "*no era cuestión dejar a los simpatizantes del IRA trabajar a su lado*"<sup>412</sup>.

El 20 octubre 1987, un trabajador de la NIE requirió formalmente al Ministro para Irlanda del Norte que emitiera un certificado, en virtud del artículo 42 de la Ley de 1976, según el cual la decisión de no adjudicar la obra a la empresa demandante era "una medida tomada con el fin de salvaguardar la seguridad nacional y proteger el orden público"<sup>413</sup>.

La sentencia pone de manifiesto que "el Ministro emitió el 28 octubre 1987 el certificado que, en virtud del artículo 42.2 de la Ley de 1976, constituía

---

<sup>411</sup> Cfr. Fallo del caso Tynnelly contra Reino Unido de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELLY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELLY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>412</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>413</sup> *Idem, ibidem*.

una prueba irrefutable de que la medida había sido tomada con el fin enunciado<sup>414</sup>".

---

<sup>414</sup> Cfr. Fallo del caso Tynnelly contra Reino Unido de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELLY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELLY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

### **3.5.1.1. Margen de Apreciación y el caso Tinnelly: ¿fue la injerencia estatal a través del Ministro para Irlanda del Norte legítima?**

Bajo nuestro punto de vista, la demandante juzgó correctamente que se le han negado los contratos de prestación de servicios concernientes a la compañía de electricidad de Irlanda del Norte *NIE* por motivos *religiosos* (principalmente) y/o políticos que les imputaran a la sociedad y a sus empleados, siendo, por esa razón, víctima de una discriminación ilegal<sup>415</sup>.

Según la sentencia, "los interesados fueron informados por su abogado que la emisión del certificado [basada en artículo 42.2 de la Ley de 1976] tenía como objeto impedir al Tribunal pronunciarse a su favor<sup>416</sup>".

Conforme el fallo, "la Ley de 1976 sobre igualdad en materia de empleo en Irlanda del Norte es, según su preámbulo, "una Ley que instituye una agencia que tiene por misión promover, en Irlanda del Norte, la igualdad de oportunidades en materia de empleos y profesiones entre las personas de

---

<sup>415</sup> Cfr. Fallo del caso Tynnelly contra Reino Unido de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>416</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

convicciones religiosas diferentes, intentando la eliminación de la discriminación convertida en ilegal en virtud de la Ley (...) <sup>417</sup>".

Aún conforme la sentencia, "El artículo 42 de la Ley de 1976 dice así: 1. La presente Ley no es aplicable a una medida tomada con el fin de salvaguardar la *seguridad nacional o proteger el orden público*.; 2. El certificado firmado por el Ministro o en su nombre, que atestigua que una medida descrita en el certificado fue tomada con un fin mencionado en la línea 1, *constituye una prueba irrefutable que fue tomada con este fin*".

El artículo 6.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* es claro al afirmar que: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente (...) por un Tribunal independiente e imparcial (...) que decidirá (...) los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...) <sup>418</sup>".

Además, dice el artículo 13: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la

---

<sup>417</sup> Cfr. Fallo del caso Tynnelly contra Reino Unido de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>418</sup> Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E2756\\_4DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E2756_4DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf)>.

violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales<sup>419</sup>".

La empresa demandante también consideró que hubo violación de su derecho al respeto de su vida privada y familiar (artículo 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*), plasmada en la injerencia del Ministro para Irlanda del Norte<sup>420</sup>.

Aunque el Gobierno haya destacado que las restricciones al procedimiento de control jurisdiccional deben ser analizadas según la situación de la seguridad en Irlanda del Norte y la necesidad de someter potenciales empresarios vencedores de licitaciones concernientes a obras públicas a controles de seguridad a los antes de concederles la ejecución de obras estatales que envuelvan el acceso a esferas estratégicas del gobierno (en el caso concreto, una empresa que produce electricidad, un *bien*, bajo mi punto de vista, de enorme *interés público*), en nuestra opinión, que es la misma opinión compartida por los jueces del Tribunal de Estrasburgo, hubo violación de la prerrogativa contenida en los dispositivos *supra*, pues la emisión de un documento estatal, por un importante oficial del gobierno de Irlanda del Norte

---

<sup>419</sup> Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

<sup>420</sup> Cfr. Fallo del caso Tynnelly contra Reino Unido de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

(Ministro), que, según legislación nacional, era una *prueba indiscutible* en ámbito nacional, *cercenó en absoluto*<sup>421</sup> el derecho de la empresa demandante a acceder a una corte nacional, y ello por razón de sus creencias religiosas o de sus convicciones políticas.

PIOVESAN<sup>422</sup> comparte el mismo entendimiento, *in verbis*: "*um Estado-Nação que produz prova contra nacional considerada no sistema jurídico interno como sendo inquestionável mina o direito de defesa do cidadão junto a uma corte nacional, cerceando direitos inderrogáveis, que não se podem dispôr. A força desempenhada por um Estado é infinitamente maior que o poder de um individuo, que, se não tiver uma prestação jurisdicional adequada, pode ter todo o seu direito de defesa prejudicado.*"

En efecto, es importante destacar que, según el juez del Tribunal de Estrasburgo DE MEYER, "el Estado demandado no podía alegar ningún *margen de apreciación* para negarles ese derecho [acceso a un Tribunal nacional]"<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> Cfr. Piovesan, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, pp. 154 y ss.

<sup>423</sup> Cfr. Fallo del caso Tynnelly contra Reino Unido de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

En ese mismo sentido, LAFER<sup>424</sup>, *literis*: "(...) as pessoas devem ter minimamente o direito de se defender junto a um órgão jurisdicional nacional quando tolhidos direitos e prerrogativas fundamentais. A partir do momento em que implicitamente ou ostensivamente se viu sem ter para quem recorrer, o indivíduo passa a conviver em um limbo inaceitável para qualquer cidadão, limbo jurídico este comparado ao de estados ditatoriais em que princípios como a democracia restam prejudicados (...) é inaceitável um estado democrático de direito que não contemple uma prerrogativa tão fundamental quanto o direito de defesa do cidadão."

Sin embargo, en el fallo el Tribunal decidió que no era necesario examinar las quejas extraídas por los demandantes del artículo 8 del Convenio considerado individualmente o en relación con el artículo 13 del Convenio<sup>425</sup>.

El *Convenio Europeo* contempla injerencias estatales que constituyan una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la seguridad pública, la defensa del

---

<sup>424</sup> Cfr. Lafer, C. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*, Manole, São Paulo, 2005, pp. 98 y ss.

<sup>425</sup> Cfr. Fallo del caso Tynnelly contra Reino Unido de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.



orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás<sup>426</sup>.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, la injerencia en el caso en análisis fue excesiva y desproporcionada, pues:

- a) no promovió la igualdad de oportunidades en el país y de eliminar toda discriminación religiosa o política en el sector del empleo y los campos conexos;
- b) cercenó el derecho de la empresa demandante a impetrar ante una corte nacional independiente e imparcial la demanda judicial de si los contratos habían sido impugnados por sus creencias religiosas o sus convicciones políticas o exclusivamente por razones de seguridad nacional.

---

<sup>426</sup> Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

### 3.6. Libertad Religiosa, Principio de igualdad y Discriminación

#### 3.6.1. El Caso *Smith y Grady contra Reino Unido*: Hechos

El caso<sup>427</sup> es concerniente a tres hombres y una mujer homosexuales expulsados de sus actividades laborales por el Ministerio de Defensa de Reino Unido, que excluye a los homosexuales del ejército, perpetrando investigaciones<sup>428</sup> y expulsiones<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> Examinar, *mutatis mutandi*, los casos: *Smith e Grady v. Reino Unido* (nºs. 33985/96 e 33986/96), *Lustrig-Prean e Beckett v. Reino Unido* (nºs. 31417/96 e 32377/96) e *Beck, Copp e Bazeler v. Reino Unido* (48535/99, 48536/99 e 48537/99) – todos los fallos concernientes a ofensas y exclusiones de homosexuales del Ejército; además, *L. e V. v. Austria* (39392/98 e 39829/98), *S. L. v. Austria* (45330/99) e *Wolfmeyer v. Austria* (5263/03); *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (33290/96) y *B. v. Reino Unido* (53760/00).

<sup>428</sup> Cfr. Sentencia del caso *Smith y Grady contra Reino Unido* de 27-9-1999. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_SMITH.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_SMITH.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009, *in verbis*: "Desde el momento en que hay sospecha de homosexualidad, se lleva a cabo una investigación. En opinión del Gobierno [de Reino Unido], la amplitud de tal investigación depende de las circunstancias, pero estos trámites implican generalmente interrogar a la persona implicada y buscar elementos que lo corroboren. Si alguien niega su homosexualidad, son necesarias investigaciones e incluso si esta persona admite sus tendencias, se realiza un esfuerzo para encontrar los elementos pertinentes por medio de interrogatorios y, según la situación, mediante otras medidas. Tales investigaciones tienden a verificar la homosexualidad de la persona en cuestión a fin de detectar a los que intentan obtener una expulsión administrativa bajo falsos pretextos. En la audiencia, el Gobierno dio ejemplos recientes - dos en el ejército de tierra y en el ejército del aire, tres en la marina - de personas que habían pretendido falsamente ser homosexuales. Igualmente, se requieren investigaciones debido a ciertas inquietudes en materia de seguridad (en especial el riesgo de chantaje ejercido sobre el personal homosexual), el riesgo de contaminación por el virus del SIDA, más elevado en la comunidad homosexual, así como por razones disciplinarias (los actos homosexuales pueden, en ciertos casos, dar lugar a un procedimiento disciplinario, por ejemplo, cuando resultan de un abuso de autoridad). El Gobierno sostiene que los demandantes, sea como fuere, eligieron libremente responder a las preguntas que se les plantearon".

Los demandantes eran: Duncan Lustig-Prean, un teniente de la Royal Navy que se alistó en 1983 y fue expulsado en enero de 1994, tras denunciar un intento de chantaje relacionado con su homosexualidad.

Por ese mismo concepto, la enfermera de la Royal Air Force (RAF) Jeanette Smith, también expulsada, siendo los otros demandantes otro miembro de la Royal Navy, John Beckett y el administrador de la RAF Graeme Grady<sup>430</sup>.

Conforme el fallo, los demandantes pusieron de manifiesto que "el Gobierno no puede, a la vista del artículo 8, invocar y animar con complacencia los prejuicios aparentes de los otros soldados. Si ningún motivo racional justifica una diferencia de comportamiento por parte de los militares a partir del momento en que se conoce la homosexualidad de una persona, el alegado riesgo de reacciones hostiles del personal militar se basa pura y simplemente en prejuicios. (...) Los demandantes estiman que la lógica del argumento del Gobierno es igualmente válida para las ideas preconcebidas con respecto a la raza, la *religión* o el sexo; el Gobierno no puede, razonablemente, dar a entender que, por ejemplo, los prejuicios raciales de los militares bastarían para justificar excluir del ejército a las personas de color".

---

<sup>429</sup> Cfr. Sentencia del caso *Smith y Grady contra Reino Unido* de 27-9-1999. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_SMITH.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_SMITH.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009

<sup>430</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

En efecto, los demandantes han considerado que hubo violación de los artículos 3 (penas o tratos degradantes), 8 (respeto de su vida privada y familiar), 10 (libertad de pensamiento y de expresión) – tomados aisladamente y en relación con el artículo 14 (prohibición de la discriminación)<sup>431</sup> – y 13 (ausencia de un recurso efectivo ante una instancia nacional para reparar las violaciones sufridas) del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>432</sup>.

En su sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asegura que las investigaciones efectuadas por las autoridades militares constituyeron:

- a) "hechos profundamente desestabilizadores"<sup>433</sup> inmediatos en la vida de los cuatro demandantes homosexuales, que han efectivamente sufrido daños de orden material y moral;

---

<sup>431</sup> *Ipsis literis*: "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación". *In*: Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

<sup>432</sup> Cfr. Sentencia del caso *Smith y Grady contra Reino Unido* de 27-9-1999. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_SMITH.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_SMITH.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009

<sup>433</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

- b) "siguieron teniendo un impacto emocional y psicológico significativo"<sup>434</sup> después, teniendo costes posteriores relacionados al tratamiento psicológico.

---

<sup>434</sup> Cfr. Sentencia del caso *Smith y Grady contra Reino Unido* de 27-9-1999. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_SMITH.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_SMITH.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009

### 3.6.1.1. Margen de Apreciación Estatal y Discriminación

Los magistrados de Estrasburgo fallaron en contra del Reino Unido al concluir que la exclusión de los homosexuales de las fuerzas armadas violaba el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege el derecho al respeto a la vida privada y establece que "no puede haber ninguna interferencia por parte de los poderes públicos en el ejercicio de este derecho, salvo según la ley y cuando sea necesario, en una sociedad democrática, para prevenir el desorden"<sup>435</sup>.

El gobierno británico les indemnizó por el impacto emocional y psicológico de la intromisión en su vida privada que supusieron las investigaciones sobre su sexualidad, así como por su consiguiente expulsión de las fuerzas armadas. Además, les indemnizó por la pérdida de ingresos y beneficios y tuvo que correr con las costas legales de todos ellos<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> Cfr. Sentencia del caso *Smith y Grady contra Reino Unido* de 27-9-1999. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_SMITH.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_SMITH.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009

<sup>436</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

El principio de igualdad defiende que todas las personas sean tratadas por el Estado con el mismo respeto y consideración<sup>437</sup>.

Esto significa reconocer que todas las pessoas tienen el mismo derecho de tener sus planes individuales de vida, buscando su propia realización existencial, no molestando los derechos de terceros.

Es importante resaltar que la prohibición legal perpetrada por muchos países para que el homosexual no constituya entidad familiar con persona del mismo sexo contribuye para que el principio de igualdad sea violado<sup>438</sup>, siendo un absoluto desacuerdo con sus inclinaciones y necesidades espirituales y psíquicas más profundas<sup>439</sup>.

Según RIOS, “*a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação. Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia se dirigir-se para Maria, não*

---

<sup>437</sup> Cfr. Dworkin, R.. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 205 y ss.

<sup>438</sup> Cfr. Kaplan, M. *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*, Routledge, New York, 1997, pp. 207 y ss.

<sup>439</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

*suportará tal diferenciação. Os tratamentos diferentes, neste contexto, têm a sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo*<sup>440</sup>”.

La *Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* proferió opinión sobre el tema en el caso *Toonen v. Austrália*<sup>441</sup>, analizado en 1994. Según la Comisión, *"la referencia a 'sexo' en los artículos 2º, parrafo 1º, y 26 debe albergar la orientación sexual"*<sup>442</sup>.

Este fue uno de los argumentos de la Comisión para justificar la violación de derechos fundamentales por Australia, pues uno de sus estados criminalizara las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, hecho que resulta inadmisibile en los días de hoy<sup>443</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, el argumento del "pecado" es totalmente incompatible con los principios de libertad religiosa y laicidad estatal.

---

<sup>440</sup> Cfr. Rios, R. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*, RT, São Paulo, 2002, p. 133.

<sup>441</sup> U.N Doc. CCPR/c/50/D/488/1992. In: William, E. y Hunter, N. *Sexuality, Gender and the Law* Westbury, Foundation Press, London, 1997, pp. 751 y ss.

<sup>442</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>443</sup> Cfr. Piovesan, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, pp. 94 y ss.; y Lafer, C. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*, Manole, São Paulo, 2005, pp. 42 y ss.



De hecho, el entendimiento de que el principio de igualdad es incompatible con tratos discriminatorios basados en la orientación sexual es defendido por el Tribunal de Estrasburgo.

No obstante, muchos son los que insisten en defender ideas que son contrarias al principio de igualdad, poniendo de manifiesto de forma abierta que las uniones de personas de mismo sexo son “pecaminosas” y contrarian la ley divina y el derecho natural<sup>444</sup>, que son contrarias a la naturaleza de las cosas<sup>445</sup> y que no merecen ser albergadas legalmente pues no promueven la procreación<sup>446</sup>, no siendo compatibles con los valores sociales vigentes.

Añado a los citados el juez LOUCAIDES, que en su opinión *parcialmente concordante y parcialmente disidente* contribuyó con los que defienden la segregación y la desigualdad en el tema, *in verbis*: "Para mí, la respuesta dada por la mayoría a este aspecto del asunto, no es satisfactoria. (...) Mi desacuerdo con la mayoría reside en la cuestión de saber si la injerencia en

---

<sup>444</sup> Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fé (Vaticano), en el documento denominado *Considerations Regarding Proposals to Give Legal Recognition to Unions Between Homosexual Persons*, disponible en: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_cfaith\\_doc\\_20](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_cfaith_doc_20)>.

<sup>445</sup> Cfr. Hart, J. “Adam and Eve, not Adam and Henry”. In: Robert M. Baird & Stuart E. Rosenbaum. (Eds.): *Same Sex Marriage: The Moral and Legal Debate*, Prometheus Books, Amherst, 2004, pp. 115 y ss.

<sup>446</sup> En efecto, el Estado de Massachusetts utilizó el mismo argumento para defender la negación a la unión matrimonial de personas de mismo sexo. El argumento fue rechazado por la Suprema Corte de aquel Estado en fallo concerniente al caso *Goodridge v. Department of Public Health*, del 17 de mayo de 2004, por lo cual se reconoció el derecho de unión homosexual en aquel Estado. Ver: Posner, Richard. *Sex and Reason*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, pp. 78 y ss.

este caso puede ser considerada "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar estos objetivos. La mayoría destaca el principio que cuando las restricciones a un derecho del convenio conciernen a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, deben de existir razones especialmente graves para que estas injerencias respondan a las exigencias del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, a semejanza del Gobierno, considero que el estrecho *margen de apreciación* aplicable a asuntos relativos a la intimidad de las personas *debe ampliarse en casos análogos al del presente asunto*, en los que el fin legítimo de la restricción se refiere a la eficacia operativa del ejército y, en consecuencia, a la seguridad nacional. Esto, me parece que se desprende lógicamente del principio según el cual el Estado goza de un *amplio margen de apreciación* al tratarse de determinar, bajo el punto de vista de la protección de la seguridad nacional, si existe una necesidad social imperiosa en el caso de injerencias en el derecho al respeto de la vida privada de una persona<sup>447</sup>."

De forma rotunda, el juez utiliza la doctrina del margen de apreciación para la defensa de argumentos metafísicos e ideológicos, segregacionistas y prejuiciosos, *literis*: "Considero que el Tribunal no debería intervenir únicamente porque hay desacuerdo en cuanto a la necesidad de las medidas tomadas por un Estado. Si no, la noción de *margen de apreciación* estaría

---

<sup>447</sup> Cfr. Sentencia del caso *Smith y Grady contra Reino Unido* de 27-9-1999. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_SMITH.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_SMITH.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

desprovista de sentido. El Tribunal sólo puede sustituir su punto de vista al de las autoridades nacionales cuando la medida está manifiestamente desproporcionada con el fin perseguido. Añado, que cuanto más amplio es el margen de apreciación concedido al Estado, más limitadas deben de ser las posibilidades de intervención del Tribunal. No creo que los hechos del caso requieran una intervención de nuestro Tribunal. Como ya he dicho, debido al sistema de alojamiento en común con los heterosexuales, la orientación sexual de los homosexuales engendra los problemas que señala el Gobierno. La actitud adoptada por éste no tiene nada de manifiestamente desproporcionada. Al contrario, en las circunstancias del caso, era razonable por su parte, adoptar una política que impidiera el acceso a las Fuerzas Armadas de los homosexuales".

Un Estado laico, como hemos visto, no puede basar sus actitudes en concepciones religiosas, aunque sean pensamientos que prevalezcan religiosamente o ideológicamente en la colectividad<sup>448</sup>.

Sin embargo, estos argumentos no pueden ser aceptados en el orden legal europeo o mundial.

En una democracia caracterizada por la pluralidad (el alicerce de legitimidad de las normas jurídicas) no pueden prevalecer concepciones

---

<sup>448</sup> Cfr. Machado, J. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 346 y ss.

religiosas o metafísicas, pues no son compartidas por todos y no pueden ser impuestas por un estado democrático de derecho.

La legitimidad de acción del Estado, sobretodo cuando están envueltos principios fundamentales de justicia de la comunidad política, depende de la presencia de razones publicas que la justifique, que pueden ser razonadamente aceptadas por todos, independientemente de sus respectivas creencias, ideologías o concepciones metafísicas<sup>449</sup>.

Aunque el Tribunal de Estrasburgo no tiene poder para imponer un cambio en la legislación británica, el Gobierno de Londres no estuvo de acuerdo con el juez LOUCAIDES, y se hizo eco de la sentencia, invalidando la prohibición de que los homosexuales sirvan en las fuerzas armadas, arguyendo que era "legalmente insostenible"<sup>450</sup>.

El ministro de Defensa, Geoff Hoon, anunció entonces un nuevo código de conducta según el cual la orientación sexual "será esencialmente un asunto privado"<sup>451</sup>.

Este acontecimiento corrobora lo que hemos visto en apartado *supra*, sobre el hecho de que, a pesar del carácter declarativo de los fallos del Tribunal

---

<sup>449</sup> Cfr. Machado, J. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 346 y ss.

<sup>450</sup> Cfr. Rios, R. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*, RT, São Paulo, 2002, p. 122.

<sup>451</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

de Estrasburgo, él se ha transformado en "controlador ultimo del derecho comunitario"<sup>452</sup>, repercutiendo su jurisprudencia "decisivamente sobre las jurisdicciones nacionales"<sup>453</sup>, "extendiendo su peso "jurídico y moral por toda Europa"<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> Cfr. Rodríguez Bereijo, A. *apud* Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares: Granada, 2002, p. 80.

<sup>453</sup> Cfr. Sáiz Arnáiz, A. *apud* Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares: Granada, 2002, p. 80.

<sup>454</sup> Cfr. . Bujosa Vadell, L. M *apud* *idem*, *ibidem*.

### 3.7. Libertad Religiosa y Sacrificio de Animales

#### 3.7.1. El caso *Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia*: Hechos

El presente caso tiene su origen en una demanda dirigida contra la República Francesa por parte de una asociación de derecho francés, la Asociación de culto israelita Cha'are Shalom ve Tsedek<sup>455</sup>.

La asociación demandante alegó la violación del artículo 9 del Convenio (Libertad Religiosa) debido a la negativa por parte de las autoridades francesas a concederle la autorización necesaria para poder acceder a los mataderos para practicar el sacrificio ritual conforme a las prescripciones religiosas ultra ortodoxas de sus miembros<sup>456</sup>.

El tribunal de Estrasburgo fue llamado a decidir si la entidad que promovió el caso, que tenía derecho a establecer su propio servicio de sacrificio ritual de animales a efectos de alimentación, o si el *Consistoire* tenía el monopolio de ese servicio<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, *Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia*, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

<sup>456</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>457</sup> *Idem*, *ibidem*.

El contexto<sup>458</sup> del presente caso es interesante – y, sin duda, relevante. En efecto, el *Kosher* es el conjunto de leyes judías que determina los alimentos que pueden o no comerse y que establece la forma de prepararlos.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER<sup>459</sup> enfatiza el hecho de que la sentencia fue minuciosa a la hora de recoger antecedentes y describir la evolución en relación con la religión judía, aportando numerosos datos de la Biblia y remontándose al Pentateuco, los cinco primeros libros, de donde están tomados buena parte de los preceptos que hoy se aplican.

Al iniciarse la descripción se parte de tres constataciones, que se ofrecen con el apoyo de los versículos y libros correspondientes: cuando se creó el mundo los vegetales constituían la alimentación del hombre; el consumo de carne no se autorizó más que después del diluvio universal y bajo condiciones estrictas, excluyéndose de forma expresa algunas especies; y se prohíbe rigurosamente el consumo de sangre, que sería la vida, la sangre de los animales comestibles hay que verterla sobre la tierra. Es así como nos encontramos con diversas especialidades a la hora de matar los animales

---

<sup>458</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

<sup>459</sup> Cfr. Martín-Retortillo Baquer, L. "Sacrificios Rituales de Animales, Autorización Administrativa y Libertad Religiosa". *Proyecto BJU 2001-1929, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, sobre Garantía y protección de los ciudadanos*, 2003, pp. 05 y ss.

comestibles, que deberán ser animales sanos, siendo prohibido el consumo de animales enfermos o con defectos, o que hayan muerto de muerte natural o por otros animales. Así describe la sentencia alguna de las exigencias: Al defender la religión judía el menor consumo de carne posible, los animales deben, tras una bendición, ser degollados y más concretamente sacrificados de una sola cuchillada con un cuchillo extremadamente afilado con el fin de asegurar un corte inmediato, claro y profundo (...) <sup>460</sup>,”

Señala la sentencia <sup>461</sup> que “la carne a continuación se pondrá a remojo y se salará siempre para quitar cualquier rastro de sangre. Algunas partes, como el nervio ciático y los vasos sanguíneos o la grasa que rodea a los órganos vitales deben obligatoriamente ser eliminadas, siendo el animal, inmediatamente después del sacrificio, examinado con el fin de descubrir cualquier enfermedad o anomalía de la que pudiera estar afectado y, en caso de la menor duda a ese respecto, se declara inadecuado para el consumo”.

El sacrificio ritual - la *chehitah* - sólo puede practicarlo un sacrificador - el *chohet* - que debe ser un hombre piadoso de una moralidad perfecta y de una honestidad escrupulosa.

---

<sup>460</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

<sup>461</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.



La capacidad y virtud de los matarifes y de los vigilantes rituales son examinadas constantemente por una autoridad religiosa. Para garantizar a los consumidores una carne sacrificada según las prescripciones de la ley judía, la autoridad religiosa la certifica *kosher*.

Esta certificación da lugar al cobro de un impuesto llamado impuesto de sacrificio o impuesto rabínico.

El profesor GARCÍA AÑÓN<sup>462</sup> enfatiza que los hábitos alimentarios actúan "como uno de los criterios de diferenciación cultural. La diferenciación cultural que se busca con el mantenimiento de estas prescripciones alimentarias se inscribe, desde el punto de vista sociológico, en el ámbito de lo identitario y lo comunitario".

El problema, según GARCÍA AÑÓN, se plantea cuando, desde el punto de vista de las creencias, "hay normas confesionales que prescriben que, para su apta consumación, los alimentos deben haber sido preparados con arreglo a determinados ritos, otras prohíben consumir algunos alimentos. (...) ¿Qué ocurriría si esta práctica no estuviera permitida o regulada? En la práctica, y según las circunstancias sociales, conforme el profesor, una mezcla de

---

<sup>462</sup> Cfr. García Añón, J. "Identidad y diferencias dentro de un marco común: diversidad y conflictos culturales desde el liberalismo de John Stuart Mill". Disponible en: <[http://www.humanrights-observatory.net/ulisses/declaracio\\_angles/anon.pdf](http://www.humanrights-observatory.net/ulisses/declaracio_angles/anon.pdf)>. Acceso en: 11 de abril de 2008.

aculturación alimentaria, adaptándose a las costumbres de la sociedad receptora<sup>463</sup>".

---

<sup>463</sup> Cfr. García Añón, J. "Identidad y diferencias dentro de un marco común: diversidad y conflictos culturales desde el liberalismo de John Stuart Mill". Disponible en: <[http://www.humanrights-observatory.net/ulisses/declaracio\\_angles/anon.pdf](http://www.humanrights-observatory.net/ulisses/declaracio_angles/anon.pdf)>. Acceso en: 11 de abril de 2008.

### **3.7.1.1. El caso *Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia* y margen de apreciación plasmado en la injerencia del gobierno francés**

La asociación religiosa demandante consideró que la injerencia del Estado francés solamente reconociendo a otro grupo judío, mayoritario, la habilitación para practicar el sacrificio ritual de los animales que los convierten en comida "pura", supone un atentado al derecho de manifestar su religión y de realizar los ritos de la religión judía contrario al art. 9 del Convenio del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

GARCÍA AÑÓN, en el contexto del presente fallo, defiende que las condiciones para la diversidad "deben ofrecer una guía de cómo crear las condiciones sociales requeridas para la cohesión social y el gobierno democrático en sociedades multiculturales, como una alternativa a la homogeneidad"<sup>464</sup>.

Según GARCÍA AÑÓN<sup>465</sup>, el objetivo "es la interacción, en definitiva la acomodación, entre colectivos minoritarios y la mayoría de la sociedad, siendo

---

<sup>464</sup> Cfr. García Añón, J. "Identidad y diferencias dentro de un marco común: diversidad y conflictos culturales desde el liberalismo de John Stuart Mill". Disponible en: <[http://www.humanrights-observatory.net/ulisses/declaracio\\_ingles/anon.pdf](http://www.humanrights-observatory.net/ulisses/declaracio_ingles/anon.pdf)>. Acceso en: 11 de abril de 2008.

<sup>465</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

la diversidad y pluralismo, su concepto normativo, ingredientes necesarios de la *democracia* y una forma de *cohesión social* y los derechos especiales que tomen en consideración las diferencias entre los grupos instrumentos normativos para evitar la discriminación o la desventaja y siendo una forma de incluir los grupos minoritarios en las instituciones sociales y políticas".

Conforme el catedrático mencionado *supra*, "el pluralismo y la participación, en sentido amplio, exigen facilitar mecanismos para poder desarrollar la propia individualidad, que en ocasiones puede incluir el desarrollo dentro de un colectivo cultural o político"<sup>466</sup>, debiendo las condiciones para la

---

<sup>466</sup> Para un mayor detenimiento sobre el tema: Hammer, L.. *A Foucauldian Approach to International Law: Descriptive Thoughts for Normative Issues*. Ashgate Publishing, Ltd., 2007, pp. 87 y ss. "Foucault's descriptive understanding provides the contextual element that can serve to define many of the problems relating to freedom of religion. The development of a belief could be the result of a host of influences based on our particular regime of understanding; a belief need not relate to the truth of one's existence or to some lofty ethical standard. Rather, asserting a belief that differs from the accepted religious structure of society is indicating another way in which we can understand the truth. Similarly, a state must also realise that its conception of religious reality is subject to change. It too is not a reflection of the truth but a development that is subject to social forces and social changes given the ongoing push and pull between individuals within the state who assert their power in different forms. (...) An example of the implications of this proposed approach is the case *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* (...) While this case personifies the manner in which the ECHR Court has tended to address religious issues, it is also interesting in that the Court seemed to overlook the importance of the social discourse that was occurring between the majority and minority factions within the Jewish community. The factions differed as to the proper scope of various Jewish legal edicts. In essence, the factions were raising the issue of what is the 'true' opinion for ritual slaughter. Upon considering manifestation of a belief, it is important to recognise that the assertions are subject to ongoing dialogue and constant change. This point was alluded to in the dissent when stating that the seminal issue actually was that of upholding pluralism within society by providing for the manifestation of a particular belief, rather than dismissing the minority faction's assertion due to the possibility of acquiring meat from outside the country (...) The minority faction in *Cha'are Shalom* then was acting to manifest its belief that in turn will create an internal change within the overall Jewish community concerning the manner of ritual slaughter. Due to changes within the social discourse of the Jewish community, there arose a necessity by the minority faction to adopt a more stringent stance in interpreting the

diversidad ofrecer una guía de cómo crear las condiciones sociales requeridas para la cohesión social y el gobierno democrático en sociedades multiculturales, como una alternativa a la homogeneidad, siendo el objetivo final la integración, la interacción, en definitiva la acomodación, entre colectivos minoritarios y la mayoría de la sociedad.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER<sup>467</sup> defiende que "la normal actividad administrativa no queda afectada, ni en un sentido ni en otro, al encontrarse con las secuelas o consecuencias de la libertad religiosa".

Según el susodicho profesor<sup>468</sup> "la policía administrativa en sectores como el medioambiental, sanitario, urbanístico, de control del ruido, o de los requisitos de habitabilidad de los edificios, no queda en absoluto afectada por tratarse de templos o lugares de culto o actividades religiosas".

Podrá tenerse la sensación de que ahí aparecen *límites y restricciones* para con lo religioso, pero son las previsiones generales del ordenamiento jurídico que no tienen por qué excepcionarse.

---

*dictates of the Jewish law. In essence, this minority faction is part of the ongoing discourse regarding the accorded interpretation of the Jewish law and to the meaning of what it is to manifest a belief. Therefore, the assertion by this minority faction within the Jewish community is essentially within the social context of what it means to manifest a belief, such that a supposedly pluralistic state would inherently provide for the manifestation of the belief rather than dismiss the right."*

<sup>467</sup> Cfr. Martín-Retortillo Baquer, L. "Sacrificios Rituales de Animales, Autorización Administrativa y Libertad Religiosa". *Proyecto BJU 2001-1929, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, sobre Garantía y protección de los ciudadanos*, 2003, pp. 15 y ss.

<sup>468</sup> Cfr. *idem, ibidem*, pp. 19 y ss.

Estamos ante reglas en defensa del *interés público*, lo que a veces se denomina el *orden público*, entendido en un sentido cívico, que es lógico que tengan una vocación de generalidad.

Conforme el susodicho profesor, *las prácticas y la observancia de los ritos* son algo íntimamente vinculado a la libertad religiosa, por usar los propios términos del CEDH, artículo 9.1.

En efecto, los fenómenos religiosos suelen contener siempre un código de normas referentes a aspectos que tienen que ver con la alimentación. En los detalles, las diferencias serán enormes entre unas religiones y otras, en cuanto al contenido o en cuanto a interpretación y significado. Pero tales previsiones suelen ocupar un espacio destacado.

A lo largo de la sentencia<sup>469</sup> se reiterará que lo que reivindican los fieles agrupados en la asociación demandante, es el derecho a no consumir carne de la que no tengan la certeza, porque no proviene de animales sacrificados y sobre todo controlados por sus propios matarifes, de que es perfectamente pura.

En opinión de la demandante, habría una clara *injerencia estatal* (plasmada en la doctrina del margen de apreciación estatal) en su derecho a

---

<sup>469</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de abril de 2008.

practicar su religión mediante el cumplimiento del rito religioso que es el sacrificio ritual<sup>470</sup>.

La asociación demandante considera que la no autorización no está justificada por ninguno de los motivos legítimos que figuran en el artículo 9.2 del Convenio y que es desproporcionada y discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio. Señala que no se discute que los matarifes que emplea respeten escrupulosamente las normas sanitarias vigentes en los mataderos y que el Gobierno no podría por lo tanto alegar que la negación de autorización perseguía el fin legítimo de la *protección de la salud pública*<sup>471</sup>.

VALERO HEREDIA<sup>472</sup> enseña que el TEDH considera que en el contexto del fallo del caso en análisis no se produce tal vulneración del derecho de libertad religiosa ya que, con la denegación de la autorización requerida, se perseguía una finalidad legítima (la protección de la salud y el orden público) y existe una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido (en el caso planteado era posible obtener esta carne por otros medios – en el caso concreto, en Bélgica).

---

<sup>470</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

<sup>471</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>472</sup> Cfr. Valero Heredia, A. *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad: Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del tribunal constitucional*. Universitat de Valencia, 2004, pp. 34 y ss.

Así, según el Tribunal, sólo existiría *injerencia* si la prohibición de practicar el sacrificio condujera a la imposibilidad para los creyentes de comer carne procedente de los animales abatidos según las prescripciones religiosas<sup>473</sup>.

En nuestra opinión, sin embargo, éste no es el supuesto en la medida en que, conforme el Tribunal, los recurrentes se pueden aprovisionar fácilmente de ese tipo de carne procedente de Bélgica. De manera que la *libertad religiosa* no abarcaría poder realizar personalmente el sacrificio ritual si pueden obtener la carne conforme a sus creencias religiosas.

En opinión disidente común de los jueces Fishbach, Pantiru, Levits, Traja, Thomassen, Thatsa-Nikolovska y Sir Nicolas Bratza, fue defendido que negando a la demandante la condición de "organismo religioso" y rechazando por este motivo su solicitud de autorización, las autoridades francesas restringieron su libertad de practicar su religión<sup>474</sup>.

En efecto, la posibilidad de conseguir carne "glatt" por otros medios (en Bélgica) no es pertinente para medir el alcance de una acción u omisión del Estado que trata, como en este caso, de restringir el ejercicio del derecho a la libertad de religión.

---

<sup>473</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

<sup>474</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.



En lo relativo a la justificación de la injerencia en el derecho a la libertad de religión, los susodichos jueces defendieron que el problema esencial en este asunto reside en la *discriminación*<sup>475</sup> de la que la demandante dice haber sido objeto<sup>476</sup>.

A este respecto consideraron que el razonamiento de la mayoría fue insuficiente<sup>477</sup>.

Según ellos, para concluir con la no violación del artículo 9 (derecho a la libertad de religión) en relación con el artículo 14 del Convenio (discriminación fundada en la religión), la mayoría no podía limitarse a afirmar que la injerencia tuvo un “efecto limitado” y que la diferencia de trato tuvo “poco alcance”<sup>478</sup>.

Según TORRES, *"In Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France (27 June 2000), the question of the rituals was at stake. In this very controversial decision (even “neglecting” the crucial question of discrimination), the Court*

---

<sup>475</sup> Para un mayor detenimiento sobre el tema: Rolland, P.: *L'arrêt Cha'are Shalom Ve Tsedek vs. France du 27 juin 2000*, CREDHO: *La France et la Cour EDH. Jurisprudence de l'année 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp.61 y ss.

<sup>476</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

<sup>477</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>478</sup> *Idem, ibidem*.

*dissented from the European Commission and decided that there was no attempt to article 9 of the European Convention*<sup>479</sup>”.

Bajo nuestro punto de vista, en materia de *libertad de religión*, no le corresponde al Tribunal sustituir su apreciación del alcance o de la gravedad de una injerencia por la de las personas o grupos afectados, ya que el artículo 9 del Convenio trata esencialmente de proteger las convicciones más íntimas de los individuos o de lo que acostumbramos a llamar el foro interno, considerando que hubo, efectivamente, violación de este artículo en relación con el artículo 9 del Convenio.

Según la jurisprudencia de los órganos del Convenio, una diferencia es discriminatoria con arreglo al artículo 14, si "carece de justificación objetiva y razonable", es decir si no persigue "un fin legítimo" o si no existe "una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido"<sup>480</sup>”.

El Gobierno francés señaló que no corresponde a las autoridades francesas, consideradas laicas, inmiscuirse en una controversia dogmática pero afirma que no se discute que el Gran Rabino de Francia, cuya opinión en la

---

<sup>479</sup> Torres, A. "Strasbourg Court Jurisprudence and Human Rights in France: An Overview of Litigation, Implementation and Domestic Reform". In: <http://www.juristras.eliamep.gr/wp-content/uploads/2008/09/france.pdf>.

<sup>480</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

materia se basa en el *Beth-Din* (tribunal rabínico), está cualificado para decir lo que es o no conforme al rito israelita<sup>481</sup>.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER<sup>482</sup> defiende que, por su parte, el Gobierno desarrolla su defensa desde una variedad de argumentos, de los que destaca los cinco siguientes:

a) "Así como no se discute que las prescripciones alimentarias, con sus prohibiciones, constituyan un componente de la práctica de esa religión, recalca, en cambio, que las normas religiosas por las que se rigen no les imponen que sean ellos mismos los que lleven a cabo el sacrificio ritual de los animales que consumen. Por otra parte, y en la misma dirección, se aporta un certificado del Gran Rabino de Francia según el cual, en carnicerías que dependen del Consistorio, los miembros de la Asociación Cha'are Shalom pueden abastecerse sin problemas de carne *glatt* (pura). El Gobierno insiste igualmente en que en las carnicerías dependientes de la Asociación demandante está a la venta carne que cumple sus exigencias, proveniente de Bélgica. Y un tercer argumento

---

<sup>481</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

<sup>482</sup> Cfr. Martín-Retortillo Baquer, L. "Sacrificios Rituales de Animales, Autorización Administrativa y Libertad Religiosa". *Proyecto BJU 2001-1929, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, sobre Garantía y protección de los ciudadanos*, 2003, pp. 25 y ss.

en esta línea subraya que la Asociación Consistorial Israelita de París - ACIP ha firmado acuerdos con otras comunidades muy ortodoxas para proporcionarles carne que respete sus requisitos, lo que bien podía hacer también la demandante;

*b)* Vistas las cosas desde otra perspectiva, el Gobierno rechaza que la no autorización afecte a la libertad religiosa; sería exclusivamente un problema económico, una disputa en cuanto al precio, algo atinente por tanto a la libertad económica y que se situaría al margen de la normativa y de los principios que presiden la libertad religiosa. Sería otra cosa y, como tal, no encajaría en el artículo 9 CEDH;

*c)* De no admitirse las anteriores razones, de considerarse que quedaba afectada la libertad religiosa, el Gobierno sostiene que se trataría de una restricción legítima, de las previstas y autorizadas por el apartado segundo del citado precepto: perseguiría un fin legítimo, a saber, la defensa del orden público y de la salud pública, y estaría prevista por la ley — el citado Decreto de 1980 sobre mataderos — Se trataría de asegurar el importante valor de impedir los malos tratos a los animales, tan arraigado en nuestro tiempo y consagrado por normativa

internacional vinculante, y de velar al mismo tiempo por las condiciones sanitarias; de ahí que se imponga que la ejecución del animal haya de hacerse en los mataderos. De donde derivaría directamente la conclusión de que el sacrificio ritual sólo pueda ser autorizado excepcionalmente;

d) Más allá de la defensa de los principios anteriores, que predeterminarían la solución del caso, el Gobierno justifica la negativa del Ministro del Interior al considerar que la actividad que pretendía desarrollar la Asociación era esencialmente comercial y sólo accesoriamente religiosa. Si a eso se une el escaso número de fieles, y a la vista del carácter excepcional de la autorización, la denegación trataría de evitar la proliferación de autorizaciones para algo que la ley, razonablemente, quiere que resulte limitado;

e) Se rechaza el argumento de la discriminación, recalando que no son comparables las situaciones y que se ha buscado una relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios autorizados. Y como, de hecho, se ha planteado la comparación, el Gobierno destaca el efecto positivo de haber concedido en 1982 el monopolio de sacrificio a la ACIP, *“que emana del Consistorio Central, que administra desde*

*hace 200 años el culto israelita en Francia, es un interlocutor legítimo, ya que aglutina la casi totalidad de las asociaciones judías francesas y garantiza así la defensa de los intereses de la Comunidad, así como el cumplimiento de las normas de orden público, concretamente sanitarias*". Referencia que se hace no sin señalar que no hubiera habido inconveniente en autorizar a la Asociación si hubiera justificado su carácter esencialmente religioso, así como una mayor implantación".

En la opinión disidente, los jueces señalaron que, aunque acepten la existencia de un *margen de apreciación* en la materia, la Sentencia del Tribunal, para determinar el alcance del margen en cuestión, debía tener en cuenta el fin, la necesidad de mantener un verdadero pluralismo religioso, inherente a la noción de sociedad democrática<sup>483</sup>.

Según ellos, la negativa a otorgar la autorización a la demandante y la concesión de ésta únicamente a la ACIP, a la que se confirió el derecho exclusivo de habilitar matarifes rituales, es contraria al pluralismo religioso y

---

<sup>483</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

demuestra la ausencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido<sup>484</sup>.

Por fin, consideran que la diferencia de trato entre la demandante y la ACIP - concesión de autorización en un caso, y negativa en otro - no tenía ninguna justificación objetiva y razonable y era desproporcionada<sup>485</sup>.

Por lo tanto, según ellos, hubo violación del artículo 14 (discriminación fundada en la religión) en relación con el artículo 9 del Convenio (derecho a la libertad de religión<sup>486</sup>).

Estamos de acuerdo con los jueces mencionados *supra*.

Bajo nuestro punto de vista, el gobierno francés actuó de forma discriminatoria, contraria al pluralismo religioso, al conceder el monopolio en análisis.

---

<sup>484</sup> Cfr. fallo de la demanda núm. 27417/1995, Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia, de 27-6-2000. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc)>. Acceso en: 20 de febrero de 2008.

<sup>485</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>486</sup> *Idem, ibidem*.

### 3.8. Libertad Religiosa y el Uso de Símbolos Religiosos

#### 3.8.1. El caso Leyla Sahin contra Turquía: Hechos

En este caso se trata de una estudiante universitaria turca matriculada en la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul, a la que se le impidió la asistencia a clase y a la realización de exámenes por su negativa a desprenderse del velo, contrariando la reglamentación universitaria establecida en febrero de 1998 por el Rectorado de la Universidad de Estambul, tras dictar una circular en la que establece que los estudiantes barbudos y las estudiantes que lleven velo "*no pueden ser admitidos* ni en los cursos ordinarios ni en las prácticas, adoptándose finalmente una sanción disciplinaria de expulsión por tiempo de un semestre"<sup>487</sup>.

En efecto, rechazadas sus pretensiones por los Tribunales turcos, la requirente interpuso una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y alegó violación de los derechos a la *libertad de pensamiento, conciencia y religión* (art. 9 de la CEDH), del *derecho al respeto de la vida privada y familiar* (art. 8 CEDH), de la *libertad de expresión* (art. 10 CEDH), y

---

<sup>487</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.



del *derecho a la interdicción de la discriminación en relación con el derecho a la educación* (artículo 14 combinado con el artículo 9 CEDH y el artículo 2 del Protocolo n° 1)<sup>488</sup>.

---

<sup>488</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

### **3.8.1.1. El caso Leyla Sahin y la injerencia estatal basada en la doctrina del margen de apreciación estatal**

Conforme SALINAS y MARCOS<sup>489</sup>, el TEDH no acogió la demanda, teniendo para ello muy presente la concreta situación política existente en Turquía, especialmente el contraste entre la laicidad que caracteriza al Estado y la fe musulmana que profesa la gran mayoría de la población, y sobre todo los movimientos políticos a favor de la implantación de la Sharia.

Sobre el tema de la laicidad, BARBIER<sup>490</sup> dispone que la laicidad significa la separación total entre el Estado y las religiones (...) Solamente libre de toda influencia religiosa el Estado puede, él mismo, acceder a la modernidad política (...) Decir que la religión mitiga la esfera privada no significa que sea algo privado y personal. Significa que ella no pertenece al dominio estatal, no obstante pueda existir y actuar libremente en el seno social. Asimismo, puedese definir la laicidad como la estricta neutralidad del Estado respecto de la materia religiosa (...) Siendo la separación necesariamente recíproca, la neutralidad concierne directamente solamente al Estado, no afectando la religión. El

---

<sup>489</sup> Cfr. Alenda Salinas, M. y Pineda Marcos, M. "La manifestación de religiosidad como motivo de conflictividad. Una breve incursión por el panorama judicial español y europeo a propósito de la simbología". *Cuadernos de Integración Europea* n. 7 - Diciembre 2006 – pp. 85 y ss.

<sup>490</sup> Cfr. Barbier, M. *La laïcité*. Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 80 y ss.

Estado, en efecto, es neutro respecto de la religión, sin embarbo esta última dispone de libertad en la sociedad (...) la laicidad concierne enfin solamente al Estado y no a la sociedad en que la libertad religiosa debe ser ejercida plenamente.

El Tribunal de Estrasburgo ha juzgado que la medida adoptada por las autoridades turcas puede considerarse *necesaria en una sociedad democrática* para *preservar la laicidad estatal* y el *orden público* en cuanto garante de los derechos y libertades y, en concreto, la igualdad sexual, principio que no satisface la prenda controvertida<sup>491</sup>.

BLANCARTE entiende que "no podemos ignorar que la libertad religiosa, tal como nosotros la concebimos ahora, se liga necesariamente al mundo occidental, de origen judeo-cristiano pero, sobre todo, a la idea moderna del Estado de Derecho y de democracia. Es importante que quede claro, entonces, que es el Estado de Derecho, laico, liberal y democrático, el que garantiza la libertad religiosa dentro de un marco de libertades civiles más amplias. Por eso he insistido en la idea que las libertades religiosas, en el fondo

---

<sup>491</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

son también libertades que podemos llamar laicas, en la medida que sólo han podido existir jurídicamente con el establecimiento del Estado laico<sup>492</sup>”.

Antes de que el TEDH se centre en la violación del artículo 9 del Convenio, relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, único al que va a conceder crédito, realiza un tratamiento bastante completo de los hechos que han dado lugar al recurso y del derecho y de la práctica interna pertinentes<sup>493</sup>.

En este último apartado se destaca con toda su importancia como la República de Turquía es definida por el artículo 2 de la Constitución como un Estado de Derecho, democrático, laico y social.

También se resalta que, a tenor del artículo 14.1 de la Constitución, los derechos y libertades mencionados en la Constitución no pueden ser ejercidos “con el objetivo de atentar contra la integridad territorial del Estado y la unidad de la Nación; poner en peligro la existencia del Estado turco y de la República; suprimir los derechos y libertades fundamentales; confiar la dirección del Estado a un individuo o grupo o permitir la hegemonía de una clase social sobre otras; establecer una discriminación fundada en la lengua, la raza, la religión o

---

<sup>492</sup> Cfr. Blancarte, R. "Libertad religiosa y libertades laicas". In: <<http://centauro.cmq.edu.mx/dav/libela/pdfS/reflexcrit/080110077.pdf>>.

<sup>493</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

la pertenencia a una organización religiosa o instituir por cualquier medio un orden estatal fundado en tales concepciones y opiniones<sup>494</sup>”.

El Tribunal pasa a continuación a hacer un extenso resumen del contexto general en el que se ha desarrollado el conflicto. Así pues, de esta descripción del contexto operativo se extrae que la República turca se construye a partir de la laicidad (desde el mismo año de su fundación, 1923), que la igualdad de sexos se reconoce desde 1926 y que sólo a partir de los años 80 comienzan a plantearse problemas como el del velo<sup>495</sup>.

En la discusión sobre la admisibilidad de ciertas vestimentas en el ámbito público emergen visiones político-religiosas antagónicas cuando en 1996 accede al poder el Partido de la Prosperidad (Refah Partisi), de tendencia islamista.

El TEDH nos recuerda aquí, como lo hizo en las sentencias en las que consideró la disolución del Partido de la Prosperidad, que “la ambigüedad en la vinculación a los valores democráticos que resulta de las posiciones de los dirigentes del Refah Partisi, incluidas las del Primer Ministro de la época (perteneciente a ese partido), y de los discursos de sus dirigentes postulando un sistema multijurídico que funcione según reglas diferentes para cada comunidad

---

<sup>494</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>495</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

religiosa, fue percibida en la sociedad como una amenaza real contra los valores republicanos y la paz civil<sup>496</sup>».

Bajo nuestro punto de vista, el velo es, pues, más que una expresión de una creencia religiosa en Turquía; no parece el simple seguimiento de una doctrina religiosa a la que se pliega una mujer en uso de su capacidad de autodeterminación. Es también, se quiera o no, el alineamiento con una corriente de pensamiento que es percibida como amenazadora para el sistema constitucional por una parte de la población.

En el caso en análisis, el TEDH se remite al amplio margen de apreciación de las autoridades nacionales en la materia (cristalizado en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), enfatizando que éste debe ser aún mayor cuando los Estados regulan el uso de los símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza, dada la disparidad de soluciones legislativas adoptadas por los países europeos en este tema<sup>497</sup>.

En este sentido, la sentencia hace un interesante repaso de las normativas vigentes en Francia, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Reino Unido, España, Finlandia, Suecia y Holanda<sup>498</sup>, con el objeto de evidenciar esa

---

<sup>496</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>497</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>498</sup> *Idem*, *ibidem*.

falta de consenso, aunque “olvida” el hecho - sin duda relevante - de que esa disparidad de criterios se circunscribe únicamente al ámbito de la educación primaria y secundaria, no existiendo en ninguno de los países mencionados restricción alguna al uso del velo en la enseñanza universitaria.

Amparándose en aquel *margen de apreciación*, el Tribunal justifica la necesidad de la prohibición y la derogación del derecho fundamental a la Libertad Religiosa para proteger los derechos ajenos<sup>499</sup>.

La sentencia del TEDH, conforme algunos autores<sup>500</sup>, se limita a hacerse eco de los argumentos esgrimidos por las autoridades turcas.

Argumentos que, más que con la libertad religiosa, tienen que ver fundamentalmente con la dimensión *política* y la carga simbólica que el debate sobre el uso del velo ha adquirido en los últimos años como consecuencia de su defensa por parte de grupos religiosos fundamentalistas y de algunos partidos políticos turcos recientemente ilegalizados<sup>501</sup>.

El partido turco actualmente en poder, "Partido de Justicia y Desarrollo" (AKP), que tiene raíces islámicas, había considerado el tratar de acabar con la

---

<sup>499</sup>Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>500</sup> Cfr. Relaño Pastor A. y Garay A., “Leyla Sahin contra Turquía y el velo islámico: la apuesta equivocada del TEDH. STEDH de 10 de noviembre de 2005”, en *Revista Europea de derechos fundamentales*, 6, 2005, pp. 213 y ss.

<sup>501</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

prohibición del velo, pero retrocedieron al encontrar una rígida oposición de la milicia, de fuertes tendencias seculares<sup>502</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo manifestó que la prohibición de velos islámicos en escuelas *públicas no viola la libertad religiosa*<sup>503</sup>.

Los siete jueces declararon que las prohibiciones del uso de velos eran apropiadas para proteger la naturaleza secular del Estado, especialmente contra demandas extremistas. Enunciadas en nombre de la separación de la iglesia y el estado, tales prohibiciones se podían considerar "necesarias en una sociedad democrática"<sup>504</sup>.

Algunos autores<sup>505</sup> creen que la conclusión del TEDH reposa así en una *interpretación superficial y simplificadora* sobre el significado y la relevancia del uso del velo, dando por sentado que quien lo utiliza lo hace como consecuencia de las presiones ejercidas por determinados grupos religiosos o como un acto de proselitismo abusivo dirigido a ejercer presión sobre quienes no lo utilizan.

---

<sup>502</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>503</sup> "La Corte Europea defiende la prohibición de los velos islámicos". Imprescindible artículo disponible en: <[http://www.rationalistinternational.net/archive/es/racionalista\\_2004/127.html](http://www.rationalistinternational.net/archive/es/racionalista_2004/127.html)>.

<sup>504</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>505</sup> *Verbis Gratia* Alena Salinas, M., "Libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales", en AAVV (J. Soroeta Liceras, ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Bilbao, 2003, pp. 39 y ss.



En efecto, desde esta perspectiva “fundamentalista”, esa práctica es considerada alienante e incompatible con el principio de igualdad de sexos, en cuanto expresiva de la sumisión de la mujer al varón.

Lo cierto es que ni el TEDH ni el gobierno turco aportan datos o mencionan situaciones concretas que respalden tales afirmaciones, que no parecen ajustarse en general a la realidad del país ni mucho menos a los hechos particulares que se juzgan.

Señaló el Tribunal de Estrasburgo en su juicio, *inter alia*: "El principio del secularismo era seguramente uno de los principios de fundación del Estado turco, salvaguardar este principio se puede considerar necesario para la protección del sistema democrático en Turquía<sup>506</sup>".

En Febrero de 2008, el Parlamento turco aprobó dos enmiendas constitucionales que facilitarán el acceso de las estudiantes con velo a la universidad<sup>507</sup>. En total, 411 diputados del Partido de la Justicia y el Desarrollo (AKP, islamista moderado), el Partido de Acción Nacionalista (MHP, ultraderechista) y el grupo parlamentario de los nacionalistas kurdos, apoyaron

---

<sup>506</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf). Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>507</sup> Cfr. el artículo “El Parlamento turco aprueba que el velo islámico se use en la universidad” disponible en: <<http://www.deia.com/es/impresa/2008/02/08/bizkaia/mundua/440860.php>>.

la reforma mientras que 102 parlamentarios de los partidos laicistas se opusieron<sup>508</sup>.

Las enmiendas consisten en añadir a la Constitución que “nadie puede ser privado, bajo ningún concepto, del derecho a la educación” y que “el Estado turco garantizará la igualdad en el acceso a los servicios públicos<sup>509</sup>”.

Sin embargo, en junio de 2008 el Tribunal Constitucional Turco anuló las enmiendas a la Carta Magna de Turquía que otorgaban libertad a las estudiantes para asistir a las clases de la universidad cubiertas con el velo islámico<sup>510</sup>.

Es importante decir que los jueces del Constitucional son, junto a militares, rectores y parte de la burguesía, integrantes de la llamada élite laica, férrea opositora al Gobierno.

Después de esta decisión política, un grupo de manifestantes de los principales sindicatos del país se concentró frente al Parlamento contra la propuesta, ya que lo consideran un símbolo del Islam político<sup>511</sup>.

---

<sup>508</sup> Cfr. el artículo “El Parlamento turco aprueba que el velo islámico se use en la universidad” disponible en: <<http://www.deia.com/es/impresa/2008/02/08/bizkaia/mundua/440860.php>>.

<sup>509</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>510</sup> Cfr. el artículo “El Constitucional turco anula las enmiendas que permitían el velo en actos oficiales”, disponible en: <<http://blogs.periodistadigital.com/tizas.php/2008/06/05/velo-turquia-turco-islam-ankara-estambul-9876>>.

<sup>511</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

La propuesta generó tensiones en el país con las duras reacciones de los círculos seculares, los militares, los jueces y la manifestación organizada por asociaciones de mujeres<sup>512</sup>.

La ley de educación superior aún conserva lo que impuso la Junta Militar en los años 80<sup>513</sup> y establece que el objetivo de las universidades es formar a los alumnos en “la lealtad al nacionalismo de Atatürk”, “la conciencia del privilegio de ser turco” y “la devoción completa a la familia, el país y la nación”, entre otros principios. “La principal lucha debería ser por la libertad en las universidades. Y la libertad en el modo de vestir solo puede derivarse de esa lucha”, declaró el escritor Mehmet Altan, tras negarse a firmar el manifiesto a favor del levantamiento de la prohibición del velo. Pero lo cierto es que, según una encuesta del instituto demoscópico KONDA, el 68% de los turcos aprueban el libre uso del velo en las universidades y tan sólo el 16,7% se oponen<sup>514</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, ante este contraste existente en el ámbito internacional que también puede apreciarse en el marco del Derecho comparado, donde se va desde la *laicidad de combate* francesa con su

---

<sup>512</sup> Cfr. el artículo “El Constitucional turco anula las enmiendas que permitían el velo en actos oficiales”, disponible en: <<http://blogs.periodistadigital.com/tizas.php/2008/06/05/velo-turquia-turco-islam-ankara-estambul-9876>>.

<sup>513</sup> Cfr. el artículo “El Parlamento turco aprueba que el velo islámico se use en la universidad” disponible en: <[http://www.deia.com/es/impresia/2008/02/08/bizkaia/mundua/44\\_0860.php](http://www.deia.com/es/impresia/2008/02/08/bizkaia/mundua/44_0860.php)>.

<sup>514</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

prohibición de signos religiosos en las escuelas públicas hasta la *afirmación* italiana respecto a la presencia del crucifijo en el aula, pasando por la *permisibilidad o tolerancia*, con matizaciones, alemana e inglesa, consideramos que esta temática constituye un excelente campo de pruebas para tratar de averiguar la “sensibilidad” de los poderes públicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

En efecto, señalemos, por último, que la entrada en vigor de una ley de amnistía anuló las sanciones disciplinarias y que la requirente continuó sus estudios de medicina (es de entender que con el velo) en la Facultad de Viena (Austria)<sup>515</sup>.

---

<sup>515</sup> Cfr. el artículo “El Parlamento turco aprueba que el velo islámico se use en la universidad” disponible en: <[http://www.deia.com/es/impresa/2008/02/08/bizkaia/mundua/44\\_0860.php](http://www.deia.com/es/impresa/2008/02/08/bizkaia/mundua/44_0860.php)>.

### 3.8.2. Caso Kervanci contra Francia: Hechos

La demandante – una niña que tenía doce años en 1998, año en que estudió en un colegio público de la ciudad de *Flers*, Francia – se negó a participar de las clases de *éducation physique et sportive* sin su *foulard* islámico. El profesor de educación física y deportiva fue enfático a la época sobre la incompatibilidad del velo con la práctica deportiva.

El consejo de disciplina del colegio fue unánime al pronunciar la *exclusión définitive* de la demandante pues dejó de frecuentar dichas clases. Los padres de la demandante interpusieron un recurso ante la *Commission Académique d'Appel* de la ciudad de Caen, Normandía, que fue desestimado, siendo reiterada la decisión del consejo de disciplina del colegio público de la ciudad de *Flers*<sup>516</sup>.

---

<sup>516</sup> La decisión fue basada en cuatro motivaciones: "1) l'obligation d'assiduité (telle que définie à l'article 10 de la loi d'orientation sur l'éducation no 89-486 du 10 juillet 1989, à l'article 3-5 du décret no 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux, d'enseignement et par le règlement intérieur du collège); 2) les dispositions du règlement intérieur du collège, lesquelles prévoyaient que les élèves devaient être vêtus d'une tenue respectant les règles de l'hygiène et de la sécurité et se présenter en cours d'éducation physique et sportive avec leur tenue de sport; 3) une note de service no 94-116 du 9 mars 1994 relative à la sécurité des élèves lors de la pratique des activités scolaires, laquelle précisait que l'observation scrupuleuse de la réglementation régissant la responsabilité des membres de l'enseignement n'occulte pas la très large part d'appréciation personnelle qui est laissée à l'enseignant dans la gestion des situations concrètes» et que «dans le cadre de la conduite de son cours l'enseignant doit être en mesure de repérer et de faire cesser tout comportement d'élèves pouvant devenir dangereux et qui ne présenterait pas un caractère de soudaineté et d'imprévisibilité; 4) une décision du Conseil d'Etat en date du 10 mars 1995, aux termes de laquelle la juridiction administrative avait estimé que le port d'un foulard en signe d'appartenance religieuse était

Los padres de la demandante, representantes legales de la niña, interpusieron una demanda ante el *Tribunal Administratif de Caen*, que mantuvo la decisión de la *Commission Académique d'Appel*.

Ante la negativa del mencionado tribunal y de la *Cour Administrative d'Appel de Nantes* de acoger los recursos propuestos por los padres de la demandante, y tras el intento de casación ante el *Conseil d'Etat*, los padres decidieron empezar una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo por una supuesta violación del párrafo 2 del Artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>517</sup>.

---

*incompatible avec le bon déroulement des cours d'éducation physique et sportive". In: Sentencia del caso Kervanci contra Francia de 04-12-2008. Disponible en: <http://www.droitpublic.net/spip.php?article2524>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.*

<sup>517</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kervanci contra Francia* de 04-12-2008. Disponible en: <http://www.droitpublic.net/spip.php?article2524>. Acceso en: 05 de mayo de 2009. *Literis: "La requérante conclut que son exclusion, fondée sur le port du foulard, est une atteinte à sa liberté religieuse qui ne répond pas aux critères posés par le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention".*

### 3.8.2.1. Margen de apreciación y la injerencia estatal en el uso de símbolos religiosos en escuelas publicas francesas

El gobierno francés admitió que las restricciones interpuestas a la demandante (prohibición del uso del foulard islámico en las clases de *éducation physique et sportive*) constituyó una injerencia estatal, sin embargo *legítima y proporcional*<sup>518</sup>.

Además, consideró la injerencia "necesaria en una sociedad democrática"<sup>519</sup>.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo no sólo reiteró la sugerencia del *Tribunal Administratif de Caen* (llevar una gorra o un gorro para sustituir el

---

<sup>518</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kervanci contra Francia* de 04-12-2008. Disponible en: <http://www.droitpublic.net/spip.php?article2524>. Acceso en: 05 de mayo de 2009, *inter alia*: "Le Gouvernement admet que les restrictions imposées à la requérante quant au port du foulard islamique au collège sont constitutives d'une ingérence dans l'exercice de l'intéressée du droit de manifester sa religion. Il estime néanmoins que, comme dans l'affaire Leyla Sahin c. Turquie ([GC], no 44774/98, 10 novembre 2005, CEDH 2005-XI), **les conditions de légalité, de légitimité et de proportionnalité** fixées au paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sont satisfaites".

<sup>519</sup> Cfr. *idem ibidem*, in verbis: "Enfin, **l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique**. Le Gouvernement se réfère à cet égard à l'affaire Leyla Sahin (précitée), dont il estime que la solution est transposable à la présente espèce, eu égard au fait que la mesure litigieuse était fondée pour l'essentiel sur les principes constitutionnels de laïcité et d'égalité entre les sexes".

velo islámico en las clases)<sup>520</sup>, sino también consideró *legítima* la expulsión de la demandante de la escuela pública.

Además, el TEDH entendió que la demandante tenía la opción del *estudio a distancia*<sup>521</sup> (según el tribunal, la niña tenía como alternativa el derecho a la educación a distancia).

*Data venia*, consideramos que el derecho a una educación pública basado en el principio de la igualdad es el problema y cuestión principal.

En efecto, la educación a distancia demanda mayor dedicación y disciplina de parte del estudiante, factores que se constituyen, en un momento dado, en la clave del éxito académico.

No obstante, creemos que la sugerencia de la sustitución de un símbolo religioso por un accesorio de la vestimenta usual, que obviamente no tiene ninguna connotación religiosa, es simplista.

---

<sup>520</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kervanci contra Francia* de 04-12-2008. Disponible en: <http://www.droitpublic.net/spip.php?article2524>. Acceso en: 05 de mayo de 2009, *ipsis literis*: "Le 5 octobre 1999, le tribunal rejeta cette demande. Il considéra que la requérante, en se présentant aux cours d'éducation physique et sportive dans une tenue ne permettant pas sa participation à l'enseignement concerné, avait manqué à l'obligation d'assiduité. Il considéra en outre que l'attitude de l'intéressée avait entraîné un climat de tension au sein de l'établissement et que l'ensemble de ces circonstances était de nature à justifier légalement son exclusion définitive du collège, nonobstant sa proposition faite à la fin d'octobre de janvier, de remplacer le foulard par un bonnet".

<sup>521</sup> *Idem ibidem*, *Inter alia* : "La Cour estime, eu égard à ce qui vient d'être rappelé, que la sanction de l'exclusion définitive n'apparaît pas disproportionnée, et constate que la requérante a eu la **faculté de poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance**".



De hecho, creemos que la problemática es inconmensurablemente más profunda y complicada, y que la reiteración de una sugerencia simplificadora de una corte nacional por un Tribunal como el de Estrasburgo es verdaderamente inadmisibile.

### 3.8.2.2. El ejemplo francés frente al ejemplo turco en el contexto de la Libertad Religiosa y Laicidad Estatal - Análisis histórico-evolutivo.

El principio de laicidad defendido por filósofos iluministas en el siglo XVIII, representante de la separación entre Iglesia y Estado, es uno de los elementos basilares de la Revolución Francesa.

BAUBÉROT<sup>522</sup>, acerca del principio de laicidad en territorio francés, así enseña, *in verbis*: "*The French notion of secularity appears as a means of grounding the social bond in values recognized as universal. The now generally agreed view in France is that this is the best means. That is open to debate. The essential point is that secularity is to be understood as a particular way of embodying shared values*"<sup>523</sup>.

La definición de laicidad encuentra su origen en la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, en su Artículo 10, *inter alia*: "*Nul ne*

---

<sup>522</sup> Cfr. Baubérot, J. "The Secular Principle". Disponible en: <<http://www.ambafrancezm.org/5france/ficheanglais/facts/secular.html>>.

<sup>523</sup> "La noción francesa de secularismo aparece como una forma de basar el vínculo social en valores reconocidos como universales. La visión ahora acordada en Francia es la de que esa es la mejor forma. Que está abierto para debates. La cuestión esencial del secularismo es ser entendida como una forma particular de abarcar valores compartidos". (traducción del autor).

*doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi*<sup>524</sup>.

El secularismo es considerado por algunos como siendo una verdadera "religión estatal" entre los franceses. Pensadores iluministas, como MONTESQUIEU y VOLTAIRE, consideraban que la Religión era tan sólo un elemento causante de discordias, siendo, por tanto, totalmente dispensable.

Durante la Revolución Francesa, muchos curas fueran compelidos a jurar lealtad a la República. Hubo confiscación de bienes de la Iglesia Católica. Ocurrió una tentativa de resistencia por parte del Vaticano en relación al orden republicano impuesto por Francia en aquella época por Europa. En represalia, Francia invadió Roma en 1798 y 1809<sup>525</sup>.

Napoleón Bonaparte decretó una tregua al traer la iglesia a la protección

---

<sup>524</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kervanci contra Francia* de 04-12-2008. Disponible en: <http://www.droitpublic.net/spip.php?article2524>. Acceso en: 05 de mayo de 2009, *in verbis*: "Découlant d'une longue tradition française, le concept de laïcité trouve ses origines dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont l'article 10 dispose que «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi». Il apparaît également dans les grandes lois scolaires de 1882 et 1886 qui instaurent l'école primaire obligatoire, publique et laïque. Mais la véritable clé de voute de la laïcité française est la loi du 9 décembre 1905, dite loi de séparation de l'église et de l'Etat, qui marque la fin d'un long affrontement entre les républicains issus de la Révolution française et l'Eglise catholique. Son article 1<sup>er</sup> énonce : « la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public. » Le principe de séparation est affirmé à l'article 2 de la loi : « La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte. » De ce «pacte laïque» découlent plusieurs conséquences aussi bien pour les services publics que pour ses usagers. Il implique la reconnaissance du pluralisme religieux et la neutralité de l'Etat à l'égard des cultes. En contrepartie de la protection de sa liberté religieuse, le citoyen doit respecter l'espace public que tous peuvent partager."

<sup>525</sup> Cfr. Vicentino, C. *História Geral*. ed. atual. e ampl. Scipione, São Paulo, 1997, pp. 262 y ss.

del Estado, acuerdo que perduró hasta 1905, cuando la Tercera República declaró la separación definitiva entre Iglesia y Estado. Importante resaltar que en 1804 fue decretado el Código Civil Napoleónico, que, de hecho, consagró el principio de la igualdad del individuo ante la ley<sup>526</sup>.

La problemática de la laicidad en Francia se intensificó partir de las décadas de 60 e 70, cuando el proceso de inmigración por parte de los islámicos se extendió. Las generaciones subsecuentes recrudecieron el repudio a un Estado laico y represor de la libertad religiosa, utilizando el velo y los ideales islámicos como forma de preservación de su identidad.

En ese contexto, el país se encuentra dividido: los más tradicionalistas querían que prevaleciesen los principios seculares consubstanciados hacía tanto tiempo, alegando que el *hijab* era tan sólo una forma de demarcación territorial por parte de los islámicos extremistas.

En relación a la utilización del *hijab* por las musulmanas, Dalil Boubakeur, presidente del *Conseil Français du Culte Musulman*, preconiza: *"Le hijab est, après tout, une affaire personnelle. Les femmes ne sont pas les seules à qui l'on a imposé des tenues vestimentaires. Dans certains pays, les dirigeants ont prôné l'habit européen autant pour les hommes que pour les*

---

<sup>526</sup> Cfr. Vicentino, C. *História Geral*. ed. atual. e ampl. Scipione, São Paulo, 1997, pp. 262 y ss.

*femmes*"<sup>527</sup>.

En el final de la década de 80, la más alta corte francesa decidió por la ilegalidad de la prohibición de los símbolos religiosos en las escuelas públicas.

Sin embargo, decidió, paradójicamente, que los estudiantes que utilizaran símbolos religiosos que significasen tentativa de conversión a otros alumnos podrían ser expulsos.

De forma semejante, cinco años más tarde, el ministro de la educación afirmó que las señales ostensivas podrían ser prohibidas, estando facultado a los directores de las escuelas públicas la interpretación de la declaración.

El debate obtuvo su ápice al final de 2003, cuando una comisión francesa presidida por Bernard Stasi presentó los resultados de cinco meses de investigación sobre la *aplicación del principio de la laicidad en Francia*.

La legislación, que fue aprobada por el Parlamento Francés, prohíbe cualquier símbolo o vestimenta que "manifieste ostensiblemente" la inclinación religiosa de los estudiantes en escuelas públicas de primaria, enseñanza media y secundaria. El Ministerio de Educación especificó en su explicación de la ley

---

<sup>527</sup> "El *hijab* es, sobre todo, una cuestión personal. Las mujeres no son las únicas a quien son impuestas normas de vestimenta. En algunos países, los dirigentes obligaron el hábito (*conjunto de vestimentas, indumentarias*) europeo tanto para los hombres como para las mujeres" (traducción del autor). Entrevista disponible en: <[http://www.saphirnet.info/article\\_898.html](http://www.saphirnet.info/article_898.html)>.

que tal prohibición no sólo incluiría el *hijab* sino que también las *kippas* judías y los crucifijos de "excesivamente grandes" dimensiones<sup>528</sup>.

Más tarde, el Ministro de Educación, Luc Ferry, subrayaría la flexibilidad de la ley, añadiendo que el pañuelo de cabeza y la barba también podrían estar sujetos a la prohibición si éstos pudieran ser claramente interpretados de naturaleza religiosa<sup>529</sup>.

Teóricamente, la prohibición incluiría el turbante *sij* (una comunidad formada por miles de personas que la comisión desconocía por completo); pero aún se está discutiendo si dicha prohibición será aplicada o no.

En resumen, la legislación está claramente en contra del *hijab*. La prensa francesa la ha denominado como la "ley en contra del velo" y el resto de vestidos explícitamente en cuestión (las *kippas* y los crucifijos grandes) casi no existen en las escuelas públicas. Los judíos ortodoxos de Francia tienen una reconocida cadena de escuelas privadas, mientras que en todo el país hay sólo un reducido número de escuelas islámicas de este tipo.

En efecto, en el caso de *Leyla Sahin contra Turquía*, en la búsqueda de base legal para la injerencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda su doctrina en la que a la expresión ley se le da un contenido material y

---

<sup>528</sup> Cfr. Relaño Pastor A. y Garay A., "Leyla Sahin contra Turquía y el velo islámico: la apuesta equivocada del TEDH. STEDH de 10 de noviembre de 2005", en *Revista Europea de derechos fundamentales*, 6, 2005, pp. 225 y ss.

<sup>529</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

no formal, de modo que se concibe como “texto normativo vigente tal y como las jurisdicciones competentes lo han interpretado<sup>530</sup>”.

Desde este punto de vista, concluye que la Circular del Rector de la Universidad de Estambul que prohíbe ciertos atuendos es un texto de carácter reglamentario, plenamente coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional turco como con la de su Consejo de Estado<sup>531</sup>.

Un argumento de peso que maneja también el TEDH es que la requirente podía prever, desde su ingreso en la Universidad de Estambul, que llevar el velo comportaba unas consecuencias jurídicas y que desde el 23 de febrero de 1998 se arriesgaba a ver negado su acceso a las clases si persistía en su actitud<sup>532</sup>.

En el razonamiento del Tribunal cobran gran importancia argumentos de este tenor con el objeto de medir, realmente, la voluntad lesiva del Estado.

Bajo nuestro punto de vista, la demandante trata de desvincular su conducta de cualquier actividad grupal; trata, en definitiva, de convertirlo en un acto de coherencia con su religión que no pone en cuestión los postulados jurídico-políticos de su Estado.

---

<sup>530</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf). Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>531</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>532</sup> *Idem, ibidem*.

Llevar velo, para ella, “no tiene carácter ostentatorio o reivindicativo y no constituye un acto de presión, de provocación o de proselitismo”<sup>533</sup>.

A partir de aquí se desarrolla un planteamiento que deriva a la necesaria capacidad de una sociedad democrática para gestionar el pluralismo.

Además sostiene en su alegato que la restricción sobre los símbolos religiosos no se aplica de modo uniforme ya que la kippa de los estudiantes judíos o el crucifijo de los cristianos no se prohíben<sup>534</sup>.

La conclusión de la requirente es, pues, que la medida no respondía a una necesidad social imperiosa y que no es necesaria en una sociedad democrática<sup>535</sup>.

Algunos de los argumentos que opone el Gobierno turco deben también ser resaltados. En especial cuando señala que “el hecho de que Turquía sea el único país musulmán que cuente con una democracia liberal en el sentido de los países occidentales se explica por la aplicación estricta del principio de laicidad”<sup>536</sup>.

Se añade, además, que la protección del Estado laico es una condición *sine qua non* de la aplicación del Convenio en Turquía. El Gobierno turco

---

<sup>533</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf). Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>534</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>535</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>536</sup> *Idem, ibidem*.



pretende comunicar las dificultades de una democracia cuando el poder efectivo de una confesión es tan notable como el Islam en Turquía<sup>537</sup>.

De ahí observaciones como “el deber religioso y la libertad son dos conceptos diferentes y difícilmente conciliables<sup>538</sup>” y emplaza como justificación “las presiones ejercidas por los estudiantes miembros de movimientos fundamentalistas religiosos<sup>539</sup>” en el seno de las Universidades.

En cualquier caso, mantiene el Gobierno turco, el principio de laicidad se aplica sólo en el seno de los servicios públicos por lo que puede llevarse velo tanto en los espacios privados como en los comunes<sup>540</sup>.

En nuestra opinión, la posición de la República turca muestra, pues, una situación en la que el principio de laicidad no es tanto una conquista sino un baluarte permanentemente alerta frente a quienes no distinguen entre Sociedad civil y Estado.

Los términos enfrentados no son los propios de la discrepancia en la delimitación de los derechos en un Estado del que se comparten sus valores fundamentales expresados en la Constitución.

---

<sup>537</sup> Cfr. Sentencia del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf). Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>538</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>539</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>540</sup> *Idem, ibidem*.

Antes al contrario, el problema parece ser la defensa de la Constitución; la separación entre lo privado y lo público; la misma democracia en cuanto proyecto de emancipación de seres humanos plenamente capaces de formar autónomamente su opinión y de comportarse con arreglo a la misma en el respeto de los derechos ajenos.

Finalmente, algunas cuestiones fundamentales se plantean. Aunque cristalizada la laicidad por la Corte Europea de Derechos Humanos, ¿Cuál es el límite entre garantizar la laicidad estatal (a veces disfrazado de políticas internas claramente xenófobas) y el incumplimiento a normas fundamentales como la libertad de culto?

La problemática no es de fácil solución, siendo incluso relativa, dependiendo de cómo se entienda la laicidad estatal.

Si entendemos por laicidad el hecho de que el Estado sea aconfesional, es correcto que se prohíba el uso de simbología religiosa a los funcionarios de dicho Estado, puesto que mientras trabajan están representando un Estado laico.

Sin embargo, esto no es aplicable a los estudiantes aunque la escuela a la que asistan sea pública.

Puesto que la escuela es pública y por tanto del Estado, será ésta la que no deba mostrar símbolos religiosos. Los estudiantes no están sujetos, bajo

nuestro punto de vista, a esa norma ya que están ejerciendo su derecho de libre expresión.

Lo importante desde el punto de vista de los alumnos es que reciban una buena educación, independientemente de cómo vayan vestidos, para que puedan decidir por sí mismo si desean llevar símbolos religiosos o no<sup>541</sup>.

Lo que no se puede permitir es que haya personas que radicalicen sus posturas respecto del tema de la religión, generalmente vulnerando los derechos de las mujeres, y se les niegue educación pública por el hecho de que sea prohibido un símbolo que, de acuerdo con sus convicciones religiosas, las mujeres deben llevar y que los hombres de su misma religión, v.g., no tienen que vestir.

O sea, en primer lugar, es necesario distinguir entre lugares y personas; es decir, un lugar público como una escuela debe ser un establecimiento sin ningún símbolo religioso, como lo son los crucifijos de muchas de las escuelas europeas, ya que una democracia tiene que garantizar la neutralidad de la educación y así, ninguna libertad de culto es infringida.

Pero una persona, como alumnas y maestras, posee libertad de culto.

---

<sup>541</sup> Cfr. Patrício Cavalcanti, A. “Derechos Humanos y libertad Religiosa – El caso de la prohibición del uso del *hijab* por las musulmanas extranjeras en las escuelas públicas francesas: ¿Evidente violación a las Normas de Derechos Humanos o mera consecución de los principios legales de la reciprocidad e igualdad?”, In: Portal jurídico *jus navigandi*: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6036>>.

Por lo tanto, el Estado tiene que encontrar un compromiso entre *dos principios fundamentales: la libertad de culto y el mandamiento de neutralidad.*

Esto significa que maestras y alumnas individuales pueden dar/recibir clases con símbolos religiosos como un velo o un collar con una cruz.

No obstante, al mismo tiempo, el lugar tiene que estar libre de símbolos religiosos y, lo más importante, el contenido de las clases no debe ser propaganda de ningún tipo.

Además, las escuelas deben ocuparse de que el uso de símbolos religiosos no se convierta en símbolos de una política radical: por ejemplo, que el velo no se convierta en señal de grupos fundamentalistas.

Así el Estado garantiza la neutralidad de la educación, no infringe los derechos de las personas individuales, no expulsa musulmanes creyentes a escuelas fundamentalistas privadas (sin controles del Estado), y enseña a todos los alumnos la tolerancia y la convivencia con gente con otros credos y convicciones - la base de una verdadera integración en una sociedad plural y basada en la democracia.

Al fin y al cabo, lo más importante es que los maestros enseñen, y los alumnos aprendan, los valores fundamentales – la democracia, la libertad y la tolerancia<sup>542</sup>.

Es evidente que Francia necesita afrontar el problema de la cultura de la desesperación que infecta sus áreas urbanas, encarando el execrable estereotipo de la *banlieue* (suburbio) generada por la decadencia de sus núcleos vecinales y de los cinturones de pobreza que rodean muchas de sus ciudades.

Lamentablemente, el ministro del interior a la época (presidente de Francia en los días de hoy), Nicolas Sarkozy, empleó recursos considerables en políticas policiales para abordar la mencionada problemática de las zonas periféricas<sup>543</sup>.

El resultado ha sido una ligera disminución del delito pero acompañada de una tensión y hostilidad mayores frente al centro de poder.

Esta opción se cobra sus víctimas – sobre todo – entre las mujeres musulmanas.

Por ejemplo, los suburbios registran un creciente número de ataques y violaciones perpetrados por jóvenes musulmanes contra adolescentes que no

---

<sup>542</sup> Cfr. Patrício Cavalcanti, A. “Derechos Humanos y libertad Religiosa – El caso de la prohibición del uso del *hijab* por las musulmanas extranjeras en las escuelas públicas francesas: ¿Evidente violación a las Normas de Derechos Humanos o mera consecución de los principios legales de la reciprocidad e igualdad?”, *In*: Portal jurídico *jus navigandi*: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6036>>.

<sup>543</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

llevan el velo, a las que no consideran como parte integrante de la “comunidad”. Son, en consecuencia, un blanco permisible.

El rechazo de los musulmanes franceses a ser objeto de rechazo da alas a una nueva “política de la identidad” que se expresa a sí misma, entre otras maneras, vistiendo el velo.

En efecto, cuando los ciudadanos pierden la confianza o se ven marginados por su propio Estado, buscan otras formas de identidad antagónicas a la cultura propia del Estado y la sociedad en que viven.

La revuelta de esa tercera generación de inmigrantes que es, efectivamente, compuesta en su gran mayoría por individuos que son franceses, se sienten franceses, pero que no son tratados como nacionales, es evidente, clara<sup>544</sup>.

Las iniciativas del Gobierno francés influirán en la manera en que sus vecinos se relacionen con decenas de millones de sus propios ciudadanos musulmanes y de otras etnias.

Alemania, que posee la segunda comunidad musulmana en tamaño, ya estudia las medidas francesas.

---

<sup>544</sup> Cfr. Patrício Cavalcanti, A. “Derechos Humanos y libertad Religiosa – El caso de la prohibición del uso del *hijab* por las musulmanas extranjeras en las escuelas públicas francesas: ¿Evidente violación a las Normas de Derechos Humanos o mera consecución de los principios legales de la reciprocidad e igualdad?”, *In*: Portal jurídico *jus navigandi*: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6036>>.

Por este motivo, no sólo Francia, sino también Turquía, deben ir más allá de afirmar la singularidad o especificidad del empleo de medidas coercitivas, para afrontar las cuestiones relacionadas con la “política identitaria” promovida por los musulmanes en toda Europa.

Francia, por ejemplo, como influyente país parte de la Unión Europea, ha de esforzarse para acabar realmente con todo tipo de marginación y discriminación contra los musulmanes en un continente susceptible de alentar una cultura que podría acarrear fracturas sociales.

Recuérdese al respecto que Francia fue el primer país europeo que legisló para acabar contra toda forma de discriminación y para conceder a los judíos igualdad absoluta en 1791, antes incluso de que el moderno antisemitismo naciera en Europa.

El problema musulmán en Francia no es ineludiblemente francés ni concretamente religioso. Constituye un fenómeno occidental que florece de la moderna cultura posmoderna colonial europea y que requiere sensibilidad y cuidado para y con un pueblo que ya se halla oprimido.

El reto es más complejo que uno puede imaginar y la jurisprudencia de la *Corte Europea de Derechos Humanos*, en nuestra opinión, más que aclarar, solamente suscitó más dudas acerca de la problemática, que posee un enmarañado de cuestiones culturales y religiosas.

En ese contexto, consideramos extremadamente simplistas soluciones como cambiar el hijab (foulard islámico de conotación religiosa) por un gorro o una gorra, o la educación a distancia, como propuesto por el Tribunal de Estrasburgo en la sentencia del caso *Kervanci contra Francia*<sup>545</sup>.

La situación ideal sería que ningún estudiante fuera destituido, privado de una prerrogativa tan fundamental, como el derecho a la educación, sencillamente por llevar un símbolo que representa sus creencias y convicciones religiosas o ideológicas.

---

<sup>545</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kervanci contra Francia* de 04-12-2008. Disponible en: <http://www.droitpublic.net/spip.php?article2524>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.



### 3.8.3. El caso *Karaduman y Tandogan c. Turquía*: Hechos

La demanda<sup>546</sup> es concerniente a dos catedráticas, Fatma Karaduman y Sevil Tandoğan, que se negaron a trabajar en el instituto *d'Imam-Hatip de Sakarya* si no pudiesen llevar el velo musulmán en sus respectivas clases, sufriendo represalias del colegio, que revocó sus contratos laborales<sup>547</sup>.

Dispone el fallo, *inter alia*: "*Telles qu'exposées par les parties, les présentes requêtes portent notamment sur les mesures de révocation des requérantes de leur fonction d'enseignante dans le lycée d'Imam-Hatip de Sakarya en raison de leur refus persistant d'enlever le foulard islamique pendant les cours, contrairement à la réglementation vestimentaire en vigueur à l'époque des faits. Elles saisirent chacune les juridictions administratives internes d'une demande en annulation de ces mesures, qui furent rejetées pour les mêmes motifs*"<sup>548</sup>.

---

<sup>546</sup> Analizar, *mutatis mutandi*, los casos *Leyla Şahin c. Turquía* ([GC], n° 44774/98, §§ 29-69, CEDH 2005); *Kurtulmuş c. Turquía* (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006); *Köse et autres c. Turquía* (déc.), n° 26625/02, CEDH 2006); *Meral c. Turquía* (n° 33446/02, §§ 22-26, 27 de noviembre de 2007); *Gök et autres c. Turquía*, n°s 71867/01, 71869/01, 73319/01 y 74858/01, §§ 47 et 48, 2006; *Satılmış et autres c. Turquía*, n°s 74611/01, 26876/02 y 27628/02, §§ 50-52, 2007).

<sup>547</sup> Cfr. Sentencia del caso *Karaduman y Tandogan contra Turquía* de 3 de septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/search.asp>. Acceso en: 26 de febrero de 2008.

<sup>548</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

Las demandantes alegaron exclusivamente violación de su derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 de la CEDH), pues intentaron recurrir a un tribunal nacional para revocar la suspensión de sus contratos laborales, pero no tuvieron éxito, *inter alia*: "*Les requérantes allèguent le manque d'équité de la procédure menée devant le Conseil d'État, dans la mesure où elles n'ont pas eu la possibilité de répondre à l'avis écrit que le procureur général avait soumis au Conseil d'État sur le fond de leur pourvoi*"<sup>549</sup>.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, las demandantes tuvieron otras prerrogativas violadas, como la *libertad de pensamiento, conciencia y religión* (art. 9 de la CEDH), el *derecho al respeto de la vida privada y familiar* (art. 8 CEDH), la *libertad de expresión* (art. 10 CEDH), y el *derecho a la interdicción de la discriminación en relación con el derecho a la educación* (artículo 14 combinado con el artículo 9 CEDH y el artículo 2 del Protocolo nº 1)<sup>550</sup>.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo no suscitó la violación de los derechos mencionados *supra*.

---

<sup>549</sup> Cfr. Sentencia del caso *Karaduman y Tandogan contra Turquía* de 3 de septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/search.asp>. Acceso en: 26 de febrero de 2008.

<sup>550</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Bajo nuestro punto de vista, aunque no hayan sido aludidos en la petición inicial por las demandantes, consideramos que dichas prerrogativas fueron, de hecho, vulneradas, principalmente el derecho contenido en el artículo 9 del CEDH.

### 3.8.3.1. El caso Karaduman contra Turquía y la doctrina del margen de apreciación estatal

El artículo 6.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* es claro al afirmar que: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente (...) por un Tribunal independiente e imparcial (...) que decidirá (...) los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)"<sup>551</sup>

Sobre la aplicabilidad del artículo 6.1, el TEDH mencionó el caso Vilho Eskelinen et autres c. Finlande, *in verbis*: "[En el caso, el TEDH consagró] deux critères à examiner cumulativement pour que l'État défendeur puisse valablement opposer à un requérant fonctionnaire l'inapplicabilité de l'article 6 § 1 : d'une part, le requérant fonctionnaire doit être expressément privé du droit d'accéder à un tribunal d'après le droit national ; d'autre part, l'exclusion des droits garantis à l'article 6 doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État. Or, dans la présente affaire, il ne prête pas à controverse que les requérantes avaient accès à un tribunal en vertu du droit national et ont pu porter leur litige devant les juridictions administratives. Dès

---

<sup>551</sup> Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E2756\\_4DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E2756_4DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf)>.

*lors, la première condition n'étant pas remplie, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner la seconde et conclut que l'article 6 s'applique*<sup>552</sup>".

Sobre el tema de la objeción de conciencia laboral, MARTÍN SÁNCHEZ pone de relieve que "puede tener su origen en la obligación de realizar un trabajo *contrario a la propia conciencia*, así como en la de trabajar en aquellos días en los que lo prohíbe la religión del objetor"<sup>553</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo una vez más recordó como el sistema constitucional turco está formalmente comprometido con la protección de los derechos de las mujeres y como en el contexto turco el velo aparece como una obligación religiosa que ejerce presión sobre quienes no lo llevan<sup>554</sup>.

En efecto, SHELTON y KISS y otros conocidos autores de derechos fundamentales reconocen que no es admisible la discriminación basada en el género, o, en el caso concreto, en la obligación de llevar símbolos religiosos utilizados por mujeres islámicas, como el *hijab*<sup>555</sup>.

---

<sup>552</sup> Cfr. Sentencia del caso *Karaduman y Tandogan contra Turquía* de 3 de septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/search.asp>. Acceso en: 26 de febrero de 2008.

<sup>553</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 179 y ss.

<sup>554</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>555</sup> Cfr. Shelton, D. and Kiss, A., *A draft model law on freedom of religion, with commentary*. In: J. van der Vyver and J. Witte Jr. (ed.) *Religious human rights in global perspective* (Nijhoff, The Hague, 1996), p. 559. y BOYLE K. y SHEEN, J. (ed.), *Freedom of Religion and Belief - a World Report*, (routledge, London 1997) p. 214.

El TEDH no dejó de advertir que el pedido de se quitar el hijab no constituyó medida destinada a perseguir los objetivos *legítimos* enunciados y a proteger el *pluralismo en un centro académico*; o sea, según el Tribunal, la medida contra los demandantes afecta el mantenimiento del *orden público* en instituciones de enseñanza<sup>556</sup>.

En el caso concreto, las profesoras estaban obligadas a trabajar sin el *foulard islámico*, aunque fuera contrario a sus conciencias.

MARTÍN SÁNCHEZ enseña que "(...) se deben adaptar las obligaciones del trabajador a sus creencias. Si esta adaptación es factible, ello puede conducir a una modificación contractual no como una posibilidad, sino como una obligación exigible (...) "<sup>557</sup>

El TEDH ya decidido en otros casos concernientes al uso de símbolos religiosos que en una sociedad democrática, el Estado puede limitar el uso del *foulard islámico* si éste perjudica el objetivo de protección de los derechos y libertades y del orden y de la seguridad pública<sup>558</sup>.

---

<sup>556</sup> Cfr. Sentencia del caso *Karaduman y Tandogan contra Turquía* de 3 de septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/search.asp>. Acceso en: 26 de febrero de 2008.

<sup>557</sup> Martín Sánchez, I. La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 183.

<sup>558</sup> Cfr. Scolnicov, A. "Children's Right to Freedom of Religion in a Multi-Religious Society". Paper presented at The 2001 Conference in London. Disponible en: <[www.cesnur.org](http://www.cesnur.org)>. Acceso en: 10 de abril de 2008.

Podemos comprobar *in casu* la alianza entre las injerencias en este campo y la democracia.

A continuación, se afirma que en una sociedad en la que la gran mayoría de la población practica una religión el Estado democrático tiene una función de protección de los no practicantes o practicantes de otras confesiones.

En el caso de Leyla Sahin y en el caso en análisis, la cuestión puede plantearse en los siguientes términos:

- ¿Qué es más lesivo para la libertad religiosa, que alguien que quiera utilizar el *hijab* en un establecimiento público<sup>559</sup> no lo utilice o que alguien que no quiera llevarlo se vea obligado a hacerlo?
- ¿Qué es más soportable bajo un punto de vista democrático, la presión social (en el ámbito de lo privado) o la estatal?

Bajo nuestro punto de vista, es contraproducente la *restricción* de derechos humanos para la *protección de la democracia*, pues en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, que ocurrió de 14 a 25 de junio de

---

<sup>559</sup> Para un mayor detenimiento sobre el tema: Chauvin, N. "Le port du foulard islamique par une enseignante", en *Revue française de Droit administratif*, 3 (mai-juin 2003), pp. 536 y ss.

1993, fue acordado por todos los Estados que "la *democracia (...) y el respeto de los derechos humanos* y de las libertades fundamentales son *conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente*"<sup>560</sup>.

En efecto, conforme dicho diploma, la democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida<sup>561</sup>.

En este contexto, bajo nuestro punto de vista, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional.

De hecho, la comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia (...) y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero<sup>562</sup>.

En nuestra opinión, la democracia no puede admitir la presión estatal insoportable; las normas impuestas (que suponen injerencias) deben ser

---

<sup>560</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993.

<sup>561</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>562</sup> *Idem, ibidem.*



elaboradas según procedimientos democráticos y, por supuesto, por los órganos competentes.

En efecto, el TEDH apela a su principio de subsidiariedad, recordando que son las autoridades nacionales las mejor situadas para apreciar los contextos locales – basado en la doctrina del *margen nacional de apreciación*.

Sin embargo, el poder de los Estados, basado en doctrinas como la doctrina del *margen de apreciación*, no es infinito o sin límites.

Concretamente señala el TEDH, *inter alia*: “cuando cuestiones como las relaciones entre el Estado y las religiones están en liza, cuestiones que razonablemente pueden concitar profundos desacuerdos en un Estado democrático, hay que conceder una importancia particular al papel de los órganos decisores nacionales<sup>563</sup>”.

El TEDH admite, por tanto, un *margen de apreciación* en favor de los Estados, habida cuenta, además, de lo variado de las soluciones jurídicas que los diferentes sistemas nacionales aportan.

De acuerdo con estos principios, la Corte entra en la recta final de su argumentación señalando que la necesidad de la *injerencia* se funda en dos

---

<sup>563</sup> Cfr. Sentencia del caso *Karaduman y Tandogan contra Turquía* de 3 de septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/search.asp>. Acceso en: 26 de febrero de 2008.

principios que se refuerzan y se complementan mutuamente: la *laicidad* y la *igualdad*.

La laicidad, como seña de identidad de la democracia turca, ha sido entendida por los jueces constitucionales turcos como protectora de los individuos frente a las presiones exteriores, de modo que puede ser también habilitante para *restringir la libertad de manifestar la religión* en determinados contextos.

En otros casos concernientes al uso de símbolos religiosos<sup>564</sup>, el Tribunal de Estrasburgo consideró que las normas que restringían el uso del velo islámico fueron consideradas medidas justificadas y proporcionadas en función de los objetivos perseguidos, pudiendo considerarse a la vista del contexto como necesarias en una sociedad democrática, siendo esta concepción de la laicidad respetuosa con los valores de la CEDH, constatando, además, que la salvaguarda de este principio puede considerarse necesaria para la protección del sistema democrático en Turquía.

---

<sup>564</sup> Ver los casos *Leyla Şahin c. Turquía* ([GC], n° 44774/98, §§ 29-69, CEDH 2005); *Kurtulmuş c. Turquía* (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006); *Köse et autres c. Turquía* (déc.), n° 26625/02, CEDH 2006); *Meral c. Turquía* (n° 33446/02, §§ 22-26, 27 de noviembre de 2007; *Gök et autres c. Turquía*, n°s 71867/01, 71869/01, 73319/01 y 74858/01, §§ 47 et 48, 2006; *Satılmış et autres c. Turquía*, n°s 74611/01, 26876/02 y 27628/02, §§ 50-52, 2007).

Dicha perspectiva, muy vinculada a la realidad turca y a las dificultades para lograr una auténtica democracia, es, de hecho, un problema concreto que surge en Turquía.

El problema mencionado *supra* esta asociado a la compatibilidad de una cierta comprensión del Islam y la democracia; responde a la compatibilidad entre el discurso político y el religioso.

En este contexto, la discusión sobre la libertad religiosa es esencialista, pero ¿No comienza a serlo en nuestras sociedades?

¿No empezamos a tener problemas en situar el discurso religioso en el ámbito de lo privado frente al discurso político como reino de lo público?

Conforme MARTÍN SÁNCHEZ, en la Decisión 8753/79 la Comisión declaró que "la obligación de aceptar un trabajo concreto que contrasta con las personales creencias religiosas o morales, o exige la repatriación a un país en el que la propia familia no es admitida, podría entrar en colisión con los derechos mencionados en los artículos 8 [*derecho al respeto de la vida privada y familiar*] y 9 [*libertad de pensamiento, conciencia y religión*]<sup>565</sup>."

---

<sup>565</sup> Cfr. Martín Sánchez, I. La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 179 y ss.

Al fin y al cabo, el Tribunal de Estrasburgo consideró que hubo violación del derecho de las demandantes a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 de la CEDH)<sup>566</sup>, aunque, como hemos dicho *supra*, consideramos que hubo violación de otros dispositivos legales del Convenio Europeo de Derechos Humanos – CEDH.

---

<sup>566</sup> Cfr. Sentencia del caso *Karaduman contra Turquía* de 3 de septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/search.asp>. Acceso en: 26 de febrero de 2008., *ipsis literis*: "*Dit qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention*",

### **3.9. Libertad Religiosa y Objeción de conciencia.**

#### **3.9.1. Caso Buscarini y otros c. San Marino de 18 de febrero de 1999: Hechos**

El caso es concerniente a la libertad religiosa y objeción de conciencia al juramento, Los señores Cristoforo Buscarini, Della Balda y Manzaroli fueron elegidos para el Consejo Grande y General, el Parlamento de la República de San Marino, tras elecciones celebradas el 30 de mayo de 1993.

Según el fallo, los demandantes "solicitaron a la Regencia, que ejerce la presidencia del Gobierno, prestar el juramento que establece el artículo 55 de la Ley electoral núm. 36 de 1958 *sin hacer referencia a los textos religiosos*. En efecto, esta última ley remite al Decreto de 27 de junio de 1909 que prevé la fórmula de juramento prestada por los Diputados de la República. Esta fórmula es la siguiente: "*Sobre los Santos Evangelios*, Yo [...] juro y prometo fidelidad y obediencia eterna a la Constitución de la República, sostener y defender la libertad con todas mis fuerzas, cumplir siempre los Estatutos y Decretos tanto antiguos como nuevos y venideros; nombrar y dar mi voto únicamente a quienes considere aptos, fieles y adecuados para prestar servicio a la República en todas las funciones de Magistratura y de otros Oficios públicos, sin dejarme

llevar por sentimientos de odio o de amor o por cualquier otra consideración<sup>567</sup>".

En el pleno del *Consejo Grande y General* de 18 de junio de 1993, los señores Cristoforo Buscarini, Della Balda y Manzaroli prestaron juramento *por escrito*, no obstante, no lo hicieron sobre los Santos Evangelios, conforme dispuesto en el Decreto de 27 de junio de 1909. Según la sentencia, "al hacerlo, el primero de los demandantes señaló las obligaciones suscritas por la República de San Marino al adherirse al *Convenio europeo de Derechos Humanos*<sup>568</sup>".

Conforme solicitado por la Regencia, el 12 de julio de 1993 la *Secretaría del Consejo Grande y General* proferió su dictamen arguyendo que el juramento de los demandantes fuera efectuado de forma *ilegal*, siendo adoptada una resolución, el 26 de julio de 1993, por el Consejo Grande y General "ordenando a los demandantes que repitieran el juramento haciéndolo esta vez sobre los Evangelios, bajo pena de destitución de su cargo parlamentario<sup>569</sup>".

Los señores Cristoforo Buscarini, Della Balda y Manzaroli se sujetaron al requerimiento del *Consejo Grande y General* y prestaron juramento *sobre los*

---

<sup>567</sup> Cfr. Sentencia del caso Buscarini y otros c. San Marino de 18-02-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/juramento/buscarini.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/juramento/buscarini.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>568</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>569</sup> *Idem, ibidem*.

*Santos Evangelios*, alegando, no obstante, violación de su libertad de religión y conciencia. Tras el juramento, el 17 de noviembre de 1995, los demandantes impetraron demanda ante la Comisión (vigente a la época como filtro de los casos), invocando el artículo 9 del Convenio (violación a su derecho a la libertad de religión y de conciencia)<sup>570</sup>.

---

<sup>570</sup> Cfr. Sentencia del caso Buscarini y otros c. San Marino de 18-02-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/juramento/buscarini.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/juramento/buscarini.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

### 3.9.1.1. El caso Buscarini y la injerencia estatal al obstaculizar la objeción de conciencia al juramento

Antes del análisis del tema de la injerencia estatal, es importante enfatizar que el Gobierno de San Marino invocó tres *excepciones de inadmisibilidad* al caso concreto: a) el carácter abusivo de la demanda; b) su extemporaneidad y c) el no agotamiento de las vías de recursos internos<sup>571</sup>.

El Gobierno alegó que los demandantes habrían presentado la demanda fuera del plazo de seis meses y de forma abusiva, con fines políticos, argumentos inmediatamente rechazados por la Comisión<sup>572</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, el razonamiento defendido por la comisión respecto de las mencionadas excepciones merece censura.

En nuestra opinión, el criterio del *no agotamiento de las vías de recursos internos*<sup>573</sup> no fue respetado por los demandantes que, antes de dirigirse al TEDH (a la Comisión a la época), deberían haber recurrido ante un Tribunal nacional.

---

<sup>571</sup> Cfr. Sentencia del caso Buscarini y otros c. San Marino de 18-02-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/juramento/buscarini.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/juramento/buscarini.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>572</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>573</sup> Examinar, *mutatis mutandi*, las sentencias: Klass y otros contra Alemania de 6 de septiembre de 1978, Serie A n1. 28, pág. 29, pár. 64; Plattform “Ärzte für das Leben” contra Austria de 21 de junio de 1988, Serie A n°. 139, pág. 11, pár. 25; y Vilvarajah y otros contra el Reino Unido de 30 de octubre de 1991, Serie A n°. 215, pág. 39, par. 122).



Asimismo, aunque la Comisión haya alegado que el Juez civil no habría tenido otra elección que "remitir el asunto ante el Consejo Grande y General, el cual habría asumido el papel de Juez de sí mismo", bajo nuestro punto de vista, el *no agotamiento de las vías de recursos internos* constituye un *presupuesto formal* que no se puede prescindir. Es, en efecto, uno de los requisitos de admisibilidad de las demandas ante el Tribunal de Estrasburgo<sup>574</sup>.

En ese contexto, no sería contraproducente afirmar que, por consiguiente, las otras dos excepciones de inadmisibilidad invocadas por el Gobierno estaban bien razonadas, pues el plazo de seis meses *después* de la fecha de la notificación del *agotamiento de todos los recursos nacionales* no fue cumplido pues no hubo recurso en ámbito interno, siendo generada, de esta forma, la *extemporaneidad*.

En efecto, en nuestra opinión, el *carácter abusivo* de la demanda está plasmado no en el *aspecto político*, sino en el *menosprecio* a dos presupuestos formales para se impetrar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aunque consideramos que la demanda debería haber sido desestimada *a priori*, pasamos al análisis del tema.

---

<sup>574</sup> Cfr. Janis, M, Kay, R. y Bradley, A. *European Human Rights Law (Text and Materials)*, Oxford University Press, London, 2000, p. 30.

Conforme REY, OCAMPO y RUIZ<sup>575</sup>, "El concepto de objeción de conciencia, como motivación personal íntima para no acatar una determinada norma legal u orden de autoridad, tiene sus antecedentes remotos en concepciones filosóficas diversas, íntimamente ligadas a la aceptación del derecho natural o de la existencia de normas que se imponen racionalmente al hombre por sobre el derecho positivo, es decir a la creencia en normas de derecho superiores a aquellas establecidas por la autoridad, y que invalidan a éstas cuando contradicen los preceptos inmutables de aquellas. En doctrina podemos definir la objeción de conciencia como la actitud o creencia de carácter ético, filosófico o religioso que impide a una persona desarrollar una actividad determinada, lo que se traduce en la decisión personal, frente a normas jurídicas específicas, de no acatarlas, sin perjuicio del respeto a la normativa general que rige a la sociedad de que se trate".

Según BERNAL<sup>576</sup>, "la libertad religiosa enlaza directamente con la dignidad de la persona, que suele valorarse también como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Está en juego mucho más que la defensa de intereses o perspectivas individuales: la dignidad de cada ciudadano, elemento indispensable del bien común, del justo orden colectivo.

---

<sup>575</sup> Cfr. Rey, T. Ocampo, Y. y Ruiz, Y. "Libertad de Religión vs. Objeción de Conciencia". In: <<http://www.monografias.com/trabajos13/liberrel/liberrel.shtml>>.

<sup>576</sup> Cfr. Bernal, S. "La objeción de conciencia, entre la norma y el deber moral". In: <<http://www.notivida.com.ar/Articulos/Objecion%20de%20conciencia/Objecion%20de%20conciencia.html>>.

Desde esta óptica, no se concibe que una persona se vea obligada a realizar comportamientos que contradicen los designios de su conciencia. *La objeción* se justifica así como exención de un deber legal, como derecho -si se quiere, negativo- a no verse obligado a realizar ciertas actividades contrarias a las propias convicciones. No encierra una oposición total al sistema, un rechazo global del ordenamiento".

NAVARRO FLORIA pone de relieve que "la objeción de conciencia implica una forma de *desobediencia jurídica*: supuesta la necesidad de obedecer a la ley, es decir, la obediencia a la ley como conducta debida y esperada, el objetor la desobedece en virtud de un imperativo ético (religioso o no) que le impone una conducta, o una abstención, contraria a lo que la ley manda. Esta desobediencia tiene dos características: no es activa, como en el caso de la rebelión o revolución, sino pasiva; y no es colectiva, sino individual."<sup>577</sup>.

Conforme MARTÍN SÁNCHEZ, "el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce el derecho a la objeción de conciencia. Ello ha dado lugar a una reiterada actividad de algunos órganos del Consejo de Europa que, a través de diversas resoluciones y recomendaciones han instado el reconocimiento estatal e internacional del derecho a la objeción de conciencia

---

<sup>577</sup> Cfr. Navarro Floria, J. "Objeción de Conciencia en la Argentina". In: Martín Sánchez, I., y Navarro Floria, J. (Coords.): *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española (2006) Madrid, pp. 314 y ss.

al servicio militar y al servicio civil sustitutorio de éste, sin referirse a otros supuestos de objeción<sup>578</sup>."

Asimismo, el mencionado autor pone de manifiesto que "en contraste con la finalidad perseguida por dicha actividad internacional, los órganos judiciales de Estrasburgo, que han examinado no sólo supuestos de objeción de conciencia al servicio militar sino también otros de muy diversa naturaleza, han mantenido una *postura restrictiva* respecto de esta cuestión<sup>579</sup>".

Sobre la violación del artículo 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), los demandantes consideraron que la obligación del juramento sobre los Santos Evangelios que les fue impuesta por el *Consejo Grande y General* el 26 de julio de 1993 manifestaría que, en la República de San Marino, el ejercicio de un derecho político fundamental, tal como el mandato parlamentario, estaría sumiso a determinada *práctica religiosa*, siendo violado el mencionado artículo del CEDH<sup>580</sup>.

---

<sup>578</sup> Cfr. Martín Sánchez, I., La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002. pp. 147 y ss.

<sup>579</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>580</sup> Cfr. Sentencia del caso Buscarini y otros c. San Marino de 18-02-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/juramento/buscarini.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/juramento/buscarini.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

El Gobierno sostuvo que la fórmula del juramento en cuestión "no tenía un valor religioso; tendría, más bien, una connotación histórica y social y se basaría en la tradición"<sup>581</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo, no obstante, defendió que hubo violación del artículo 9 y que "la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (...) es también un bienpreciado para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Resulta del pluralismo - conquistado en el transcurso de los siglos- consustancial con una sociedad plural (...) Esta libertad implica, principalmente, adherirse o no a una religión y practicarla o no practicarla (...) Hoy en día, sin embargo, el valor religioso del juramento sería reemplazado por la necesidad de proteger el *orden público*, a saber, la cohesión social y la confianza de los ciudadanos en sus instituciones tradicionales".

El caso concreto es concerniente al juramento sobre los Santos Evangelios, distinto al juramento relativo al cumplimiento de la Constitución, efectuado obligatoriamente por políticos en determinados países como España<sup>582</sup>.

---

<sup>581</sup> Cfr. Sentencia del caso Buscarini y otros c. San Marino de 18-02-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/juramento/buscarini.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/juramento/buscarini.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>582</sup> Cfr. Martín Sánchez, I., La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002. pp. 175 y ss.

En la Argentina, v.g., "no suele repararse en el sentido estricto del juramento, que es "poner a Dios por testigo", a diferencia de la simple promesa, que no tiene ese contenido religioso. Juramento y promesa suelen ser tomados como sinónimo, en la práctica, y en los textos legales, lo que no ha impedido que se presentaran casos de objeción de conciencia al juramento en supuestos en que no está permitido reemplazarlo por una simple promesa o compromiso. La reforma de 1994 ha suprimido de la Constitución Nacional (art.80) la fórmula de juramento para el presidente y vicepresidente de la Nación "sobre los Santos Evangelios", que preveía el texto original. Pero se les sigue exigiendo prestar "juramento respetando sus creencias religiosas" (art.93)<sup>583</sup>".

Bajo nuestro punto de vista, consideramos que, aunque el CEDH no reconoce el derecho a la objeción de conciencia al *juramento religioso*, aquél está materializado, aunque implícitamente, en el artículo 9 del Convenio.

---

<sup>583</sup> Cfr. Navarro Floria, J. "Objeción de Conciencia en la Argentina". In: Martín Sánchez, I., y Navarro Floria, J. (Coords.): *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española (2006) Madrid, pp. 314 y ss.

### 3.9.2. Caso *Efstratiou c. Grecia* de 27 de noviembre de 1996:

#### Hechos

El presente caso es concerniente a la objeción de conciencia a la práctica de manifestaciones que tengan connotaciones militares.

Los tres recurrentes son Testigos de Jehová, religión<sup>584</sup> cuyo dogma esencial es contrario "a la práctica asociada, incluso indirectamente, con la guerra o la violencia"<sup>585</sup>. Petros y Anastassia Efstratiou son los padres de Sophia, estudiante, a la época, de tercer año de secundaria, de la escuela estatal de Komotini.

Al final del año escolar 1993/94, los demandantes impetraron una solicitud, por escrito, objetivando la dispensa de su hija Sophia de frecuentar las clases de educación religiosa, de la Misa ortodoxa y de cualquier otra manifestación contraria a sus creencias religiosas, incluso las conmemoraciones de la fiesta nacional y los desfiles públicos, habiendo sido, consecuentemente,

---

<sup>584</sup> Conforme dispuesto por el Tribunal de Estrasburgo en su fallo de 25 de mayo de 1993 (caso de Kokkinakis contra Grecia (Serie A n°. 260-A, pág. 18, pár. 32, analizado en el presente trabajo), *los Testigos de Jehová gozan del estatuto de "religión reconocida" y las ventajas, que de éste derivan, en relación al cumplimiento de sus preceptos.*

<sup>585</sup> Cfr. Sentencia del caso Efstratiou contra Grecia de 27-11-1996. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/desfiles/stratiou-trad.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/desfiles/stratiou-trad.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

eximida de la obligación de asistir a las mencionadas clases y celebraciones religiosas<sup>586</sup>.

No obstante, en octubre de 1993, Sophia fue invitada a participar en la celebración de la Fiesta Nacional del 28 de octubre, que envolvía la participación en un desfile escolar con connotación militar.

Sin embargo, ocurrió la negación de su participación, motivada innegablemente por sus creencias religiosas. El 1 de noviembre de 1993, el comité de su escuela impuso una sanción por su ausencia, plasmada en su expulsión por dos días del colegio, habiendo sido la demandante, el 11 de noviembre de 1994, sancionada, con expulsión de un día, "por no haber asistido al desfile escolar del 28 de octubre de 1994"<sup>587</sup>.

La demandante interpuso demanda ante el Tribunal de Estrasburgo alegando violación, cometida por el Estado, de los derechos que se derivan del artículo 2 del Protocolo nº 1 (que confiere el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en la educación de sus hijos) y de los artículos 3 (contrario a la sumisión a tortura o a castigos inhumanos o degradantes), 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de

---

<sup>586</sup> Cfr. Sentencia del caso Efstratiou contra Grecia de 27-11-1996. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>587</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.



religión) y 13 (derecho a un recurso efectivo ante la instancia nacional) del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>588</sup>.

---

<sup>588</sup> Cfr. Sentencia del caso Efstratiou contra Grecia de 27-11-1996. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

### **3.9.2.1. Objeción de conciencia a la práctica de manifestaciones que tengan connotaciones militares y el margen de apreciación estatal plasmado en la obligación de participar en el desfile escolar**

La Comisión decidió que no hubo violación del artículo 2 del Protocolo nº 1, tampoco de los artículos 3 y 9 del CEDH. Había habido, aún según la Comisión, vulneración del artículo 13.

Inicialmente, es importante volver al tema de la *objeción de conciencia*. El catedrático MARTÍN SÁNCHEZ defiende que el Tribunal de Estrasburgo mantuvo una *postura restrictiva* respecto de esta cuestión, *inter alia*: "[postura] basada en la distinción realizada por la Comisión, al interpretar el término "prácticas" mencionado en el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre los actos que manifiestan una religión o convicción y la motivación de los mismos<sup>589</sup>".

Según MARTÍN SÁNCHEZ, "el término "prácticas", para la Comisión, "no comprende todo acto motivado o influenciado por una religión o convicción". Por ello, "cuando las acciones de las personas no expresan

---

<sup>589</sup> Cfr. Martín Sánchez, I., La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002. pp. 147 y ss.

efectivamente la convicción correspondiente, no pueden ser protegidas por el artículo 9.1 aún cuando estén motivadas o influenciadas por aquélla". Entre los actos que expresan efectivamente una religión o convicción se encuentran los vinculados íntimamente con ella, "tales como los actos e culto o devoción, que son aspectos de la práctica de una religión o convicción en una forma generalmente reconocida"<sup>590</sup>.

MARTÍNEZ-TORRÓN<sup>591</sup> advierte que "la Comisión ha rehusado casi siempre aceptar que los comportamientos motivados por la conciencia individual puedan entrar en la esfera de protección del artículo 9", lo cual, según MARTÍN SÁNCHEZ, "resulta paradójico al estar la libertad de conciencia mencionada en este precepto"<sup>592</sup>.

Conforme el profesor NAVARRO-VALLS, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, "en la doctrina jurídica, es lugar común entender que uno de los criterios para considerar seriamente fundada una objeción de conciencia es, precisamente, el de las convicciones religiosas. La razón es doble. Por un lado, porque en el actual proceso mundial de "des-secularización", el Estado es más proclive a respetar objeciones basadas en instancias de fidelidad a imperativos religiosos que a los derivados de la aislada

---

<sup>590</sup> Cfr. Martín Sánchez, I., La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002. pp. 147 y ss.

<sup>591</sup> *Apud* Martín Sánchez, I. *Idem, ibidem*.

<sup>592</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

conciencia personal. Entre otras cosas, porque la tutela de cualquier exigencia singular, no fácilmente generalizable, presenta un mayor riesgo de pulverización del tejido social. De otro lado, porque la protección de la conciencia de la persona incorporada a colectividades religiosas presenta las garantías que le confiere el grupo en su conjunto. Por lo demás, la objeción de conciencia ha marchado históricamente en paralelo con la libertad religiosa, constituyendo una de sus dimensiones más destacadas<sup>593</sup>."

Aún según NAVARRO-VALLS<sup>594</sup>, "No toda pretensión de objeción de conciencia obligatoriamente ha de ser acogida por el legislador. En la tensión entre libertad personal y poder jurídico estatal, el equilibrio cederá normalmente a favor de la conciencia en el caso de conductas abstencionistas; es decir, aquellas que implican un *no hacer* frente al deber impuesto en la norma. Aquí se encuadran, por ejemplo, las objeciones de conciencia al servicio militar, al aborto, a prestar juramento contra la propia conciencia, a formar parte de un jurado, etc., que han sido especialmente tuteladas por los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, los comportamientos activos ofrecen un nivel de peligrosidad social mayor. De ahí que su protección jurídica esté subordinada a que esas conductas individuales no resulten destructivas para la sociedad".

---

<sup>593</sup> Cfr. Navarro-Valls, R. "Religión y objeción de conciencia". In: <<http://www.conoze.com/doc.php?doc=5395>>.

<sup>594</sup> Cfr. Navarro-Valls, R. "La objeción de conciencia, derecho fundamental". In: <<http://www.alfayomega.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2001/jul2001/num268/enport/enport05.htm>>.

Según los demandantes, la educación de alumnos debe proporcionarse a través de las lecciones de la historia en lugar de por desfiles escolares.

Conforme el TEDH<sup>595</sup>, "el término *creencia (convicción)* aparece en el artículo 9 en el contexto del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. El concepto de *convicciones religiosas y filosóficas* aparece en el artículo 2 del Protocolo N°. 1. Al aplicar esa disposición, el Tribunal ha sostenido que, aisladamente y en su acepción ordinaria, el término *convicción* no es sinónimo de *opiniones* o *ideas*. Se entiende como *vistas que se revisten de cierto grado de fuerza, gravedad, cohesión e importancia*<sup>596</sup>.

El TEDH decidió que la injerencia estatal, plasmada en la obligación de participar en el desfile escolar, no supuso vulneración en el derecho a la libertad religiosa de la demandante, pues fue dispensada de la enseñanza religiosa y de la Misa ortodoxa, como había solicitado, en razón a sus creencias religiosas.

Asimismo, la Srta. Efstratiou arguyó que su expulsión de la escuela era contraria al artículo 3 del Convenio (contrario a la sumisión a tortura o a castigos inhumanos o degradantes). El Tribunal de Estrasburgo rechazó el

---

<sup>595</sup> Cfr. Sentencia del caso Efstratiou contra Grecia de 27-11-1996. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>596</sup> Volveremos al tema en el análisis del caso *Lena y Anna Angelini contra Suécia* *infra*.

argumento, pues "para incurrir en lo establecido en el artículo 3 los malos tratos deben suponer un nivel mínimo de gravedad<sup>597</sup>".

Al fin y al cabo, el *margen de apreciación estatal* no se manifestó en la obligación de participar en el desfile escolar, sino en el hecho de que los demandantes no tuvieran la oportunidad de ejercer su derecho a un recurso efectivo ante la instancia nacional<sup>598</sup>, o sea, "ningún recurso efectivo se les había proporcionado para presentar sus quejas y obtener la anulación de la sanción disciplinaria. Según el Gobierno, la sanción disciplinaria – de naturaleza puramente educativa – no se prestaba a un recurso de anulación ante el Tribunal Supremo Administrativo<sup>599</sup>".

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo decidió que los demandantes "no pudieron beneficiarse de un recurso efectivo, ante una instancia nacional<sup>600</sup>". Hubo, de esa forma, vulneración del artículo 13 del CEDH.

---

<sup>597</sup> Cfr. Sentencia del caso Efstratiou contra Grecia de 27-11-1996. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>598</sup> Analizar, *mutatis mutandi*, las sentencias: Klass y otros contra Alemania de 6 de septiembre de 1978, Serie A n.º. 28, pág. 29, pár. 64; Plattform "Ärzte für das Leben" contra Austria de 21 de junio de 1988, Serie A n.º. 139, pág. 11, pár. 25; y Vilvarajah y otros contra el Reino Unido de 30 de octubre de 1991, Serie A n.º. 215, pág. 39, par. 122).

<sup>599</sup> Cfr. Sentencia del caso Efstratiou contra Grecia de 27-11-1996. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/desfiles/st-ratiou-trad.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>600</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

### **3.10. Libertad Religiosa y Confesiones religiosas (derecho a obtener la personalidad jurídica).**

#### **3.10.1. Caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú: Hechos**

La Iglesia de la Cienciología de Moscú, a través de la Ley de Religiones de la RSFSR del 25 de octubre de 1990, fue registrada el 25 de enero de 1994 como asociación religiosa.

Conforme la sentencia, "el 1 de octubre de 1997 entró en vigor una nueva *Ley de Libertad de Conciencia y de Asociaciones Religiosas* ("Ley de Religiones"). Exigía que todas las asociaciones religiosas a las que anteriormente se les había otorgado estatus legal hicieran conformar los artículos de su asociación con la Ley y volvieran a obtener inscripción del Departamento de Justicia competente<sup>601</sup>".

El 11 de agosto de 1998 la demandante impetró, ante el *Departamento de Justicia de Moscú*, una solicitud de reinscripción como asociación religiosa, que fue denegada el 1 de junio de 1999, pues, conforme dicho órgano, su propósito y sus actividades no estaban conforme la nueva Ley de Religiones.

---

<sup>601</sup> Cfr. Sentencia del caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

La demandante intentó una segunda solicitud de reinscripción, que fue rechazada otra vez<sup>602</sup>. El Departamento de Justicia, sin especificar, alegó violación de las leyes rusas. El 10 de febrero de 2000 el entonces presidente de la Iglesia de la Cienciología solicitó la especificación de las supuestas violaciones. El Departamento de Justicia alegó "que no tenía obligación de clarificar ni de revisar los estatutos ni otros documentos y que sólo podía llevar a cabo la evaluación legal de los documentos presentados y adoptar una decisión de otorgar o de rechazar la reinscripción<sup>603</sup>."

La demandante presentó una tercera, una cuarta y una quinta solicitud de reinscripción, todas rechazadas<sup>604</sup>. El 31 de diciembre de 2000 feneció el plazo para la reinscripción de organizaciones religiosas<sup>605</sup>.

La Iglesia interpuso un recurso de apelación ante el *Tribunal de Distrito Nikulinskiy de Moscú*, que decidió que el Departamento de Justicia de Moscú había estado "esencialmente, utilizando subterfugios para evitar la reinscripción [de la demandante] y que tal evitación o negativa había violado los derechos de los demandantes y sus compañeros creyentes garantizados por los Artículos 29

---

<sup>602</sup> Cfr. Sentencia del caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>603</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>604</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>605</sup> *Idem, ibidem*.



y 30 de la Constitución rusa (...) pretextos que contradicen las leyes mencionadas de la Federación Rusa y el *derecho internacional*<sup>606</sup>".

El Departamento de Justicia no apeló contra el fallo, que conquistó *vinculatoriedad (binding power)*. Sin embargo, la ejecución de la sentencia fue perjudicada pues el Departamento de Justicia de Moscú se negó a cumplirla<sup>607</sup>.

Conforme el fallo, "el 4 de enero de 2001 la demandante presentó su sexta solicitud junto con la escritura de ejecución que ordenaba la reinscripción. El 2 de febrero de 2001 el Departamento de Justicia se negó a procesar la solicitud, repitiendo que se había presentado un conjunto incompleto de documentos. No se daba ninguna clarificación sobre la naturaleza de la documentación que supuestamente faltaba<sup>608</sup>".

El 7 de agosto de 2001 el *Tribunal de Distrito Nikulinskiy* formuló una nueva sentencia, fallando a favor del *Departamento de Justicia de Moscú* y rechazando el recurso sobre la negativa de reinscribir al demandante. Defendió que la demandante "no había cumplido la sección 11 de la Ley de Religiones en la medida en que (i) la solicitud de reinscripción sólo incluía copias, en vez de originales, de los estatutos y del certificado de inscripción; (ii) el libro

---

<sup>606</sup> Cfr. Sentencia del caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>607</sup> Examinamos el tema de la ejecución de sentencias en el apartado "El margen de apreciación estatal en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" *supra*.

<sup>608</sup> Cfr. Sentencia del caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

presentado por la demandante no alcanzaba a ser la información sobre los principios básicos de credo y prácticas de la religión, y (iii) faltaba el documento que indicara el domicilio legal de la demandante<sup>609</sup>".

Ante el *Tribunal de Distrito Nikulinskiy* la demandante arguyó, sin éxito, que el *Departamento de Justicia de Moscú* había tenido en su propiedad los estatutos y el certificado de inscripción, todos *originales*, además del domicilio legal de la demandante, "ya que habían sido incluidos en la primera solicitud de reinscripción y el Departamento de Justicia de Moscú nunca los había devuelto<sup>610</sup>".

No obstante, dicho Tribunal decidió que "el hecho de que algunos documentos se encontraran [físicamente] en el edificio del Departamento no eximía al demandante de la obligación de presentar un nuevo conjunto de documentos para la inscripción<sup>611</sup>".

Tras otros intentos de conseguir la reinscripción, todos sin éxito, como resultado de la negativa de su reinscripción como organización religiosa, la demandante interpuso demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, basándose en los Artículos 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de

---

<sup>609</sup> Cfr. Sentencia del caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>610</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>611</sup> *Idem*, *ibidem*.

religión), 10 (libertad de opinión, de expresión e información) y 11 (libertad de reunión pacífica, asociación y fundación de sindicatos).

### **3.10.1.1. El margen de apreciación estatal del gobierno ruso en el caso de la Iglesia de la Cienciología**

El Tribunal consideró que el caso debería ser examinado desde el punto de vista del Artículo 11 del Convenio leído la luz del Artículo 9.

El Gobierno estimó que no hubo interferencia con el derecho de la demandante a la libertad de asociación (Artículo 10) porque no había sido disuelta y mantuvo su capacidad de una entidad legal. Además, dijo que no hubo violación del Artículo 9 pues la sanción impuesta a la demandante "no era dura y no estaba motivada por factores religiosos, sino por no haber cumplido con la Ley de Religiones y la violación del procedimiento administrativo"<sup>612</sup>.

La demandante estimó que, habiendo presentado numerosas solicitudes de reinscripción al *Departamento de Justicia de Moscú*, intentó, de hecho, cumplir con los requisitos legales que se le requería, ya fueran "prescritos por la ley o de otro tipo"<sup>613</sup> y que "la terminación del plazo límite sin reinscripción estaba directamente relacionada con la persistente negativa del Departamento

---

<sup>612</sup> Cfr. Sentencia del caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>613</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

de Justicia de Moscú de no dar explicación concreta alguna por el rechazo de las solicitudes<sup>614</sup>.

La demandante se considera "una religión en el sentido más profundo y tradicional, porque se ocupa nada menos que de la rehabilitación plena del ser espiritual innato del hombre – sus capacidades, estado de conciencia y la certeza de su propia inmortalidad – y su relación con lo divino. [Tiene] en común con muchas de las religiones más antiguas del mundo la creencia de que al hombre se le puso aquí para encontrar su propia salvación, y que sólo haciéndolo puede comprender completamente su relación con Dios el Creador"<sup>615</sup>.

Además, sostiene que "el hombre es básicamente bueno y que su salvación depende de sí mismo, de su relación con sus semejantes y de su logro de la hermandad con el universo"<sup>616</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo decidió que en virtud de la redacción del segundo párrafo del Artículo 11, y asimismo los Artículos 8, 9 y 10 del Convenio, la única necesidad capaz de justificar una interferencia en alguno de

---

<sup>614</sup> Cfr. Sentencia del caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>615</sup> Cfr. Estatuto de la Iglesia de la Cienciología. Disponible en: <http://www.scientology.org/>. Acceso en: 12 de mayo de 2009.

<sup>616</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

los derechos consagrados en esos Artículos es aquella que pudiera decirse que nace de la *sociedad democrática*<sup>617</sup>.

Además, el TEDH estimó que "cuando el Tribunal lleva a cabo su escrutinio, su tarea no es la de sustituir su propia opinión por la de las autoridades nacionales correspondientes, sino más bien de revisar las decisiones que han emitido en el ejercicio de su discreción. Esto no significa que tenga que confinarse a verificar si el Estado demandado ejerció su discreción de manera razonable, cuidadosa y de buena fe; ha de mirar la interferencia de la que existe queja a la luz del caso por entero y determinar si fue “proporcionada al objetivo legítimo pretendido” y si las razones aducidas por las autoridades nacionales que la justifican son “pertinentes y suficientes”. Al hacerlo, el Tribunal debe llegar a la conclusión de que las autoridades nacionales aplicaron criterios que estaban en conformidad con los principios consagrados en el Convenio y que, además, basaron sus decisiones en una valoración aceptable de los hechos pertinentes".

Al fin y al cabo, el TEDH decidió que hubo violación del Artículo 11 del Convenio leído a la luz del Artículo 9<sup>618</sup>.

---

<sup>617</sup> Analizar, *mutatis mutandi*, las sentencias *Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c. Turquía*, sentencia del 30 de enero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998- I, §§ 43-45, y *Refah Partisi (el Partido del Bienestar Social) y Otros c. Turquía* [GC] números 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, §§ 86-89, ECHR 2003-II).

<sup>618</sup> Cfr. Sentencia del caso de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

En ese contexto, consideramos que el rechazo del Departamento de Justicia a las numerosas solicitudes de reinscripción como asociación religiosa fue un acto embarazoso del gobierno ruso; no obstante, bajo nuestro punto de vista, todavía peores fueron:

- 1) el margen de discrecionalidad *excesivo, ilegal y desproporcionado* de la Federación Rusa (en la figura del Departamento de Justicia de Moscú) al no conferir el carácter de *ejecutividad* de la primera sentencia del *Tribunal de Distrito Nikulinskiy*, actuando contra las propias leyes nacionales y del *Derecho Internacional Público*, siendo conferido el *status* de sentencia internacional a la sentencia nacional, considerada erróneamente por el gobierno como siendo *meramente declarativa*<sup>619</sup>;
- 2) el *error de jurisdicción* por parte del gobierno ruso, pues primero el *Tribunal de Distrito Nikulinskiy* resolvió que el *Departamento de Justicia de Moscú* había recurrido a "subterfugios" para evitar la reinscripción de la demandante y que tal negativa había violado sus prerrogativas y las de sus "compañeros creyentes", para después

---

<sup>619</sup> Cfr. Cassese, A. *International Law*. Oxford University, Oxford, 2004, p. 34; Van Dervort, T. *International Law and Organization*, Sage Publications, London, 1998, p. 65; Carter, B. y Trimble, P.. *International Law*, Aspen Law & Business, New York, 1999, p. 112; Janis, M. y Noyes, J. *Cases and Commentary on International Law*, West Publishing, St. Paul, 1997, p. 39; Slomanson, W. *Fundamental Perspectives on International Law*, West International Law, Wadsworth, 2000, p. 28.

formular una nueva sentencia, fallando a favor del *Departamento de Justicia de Moscú*, rechazando el recurso sobre la negativa de reinscribir al demandante.

En nuestra opinión, el gobierno ruso no actuó basándose en los principios y normas de la Federación Rusa y del Derecho Internacional Público, incluso habiendo actuado con *mala fe*.



### 3.11. Libertad Religiosa y Confesiones religiosas (autonomía de las confesiones)

#### 3.11.1. Caso Serif c. Grecia: Hechos

La demanda es concerniente a un ciudadano griego, el señor Ibrahim Serif, graduado en Teología, que la presentó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (antiguo *filtro* de los casos presentados ante el Tribunal de Estrasburgo<sup>620</sup>).

Conforme la sentencia, en 1985, tras el fallecimiento del *Mufti* (denominación de líderes religiosos musulmanes en Grecia) de la ciudad de Rodopi, responsable por la jurisdicción de Tracia, el Estado griego "nombró un *Mufti* interino. Cuando éste renunció, se nombró a un segundo *Mufti* interino, el señor "MT". El 6 de abril de 1990, el Presidente de la República ratificó al señor "MT" en su puesto de *Mufti* de Rodopi<sup>621</sup>".

En diciembre de 1990, los dos miembros musulmanes independientes del Parlamento por las ciudades de Xanthi y Rodopi requirieron al Estado

---

<sup>620</sup> Tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 del Convenio el 1 de noviembre de 1998, y en aplicación de su artículo 5.2, se confió el examen del asunto al TEDH.

<sup>621</sup> Cfr. Sentencia del caso Serif c. Grecia de 14-12-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad\\_religiosa/manifestacion\\_seriff.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad_religiosa/manifestacion_seriff.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

griego que elecciones para el cargo de *Mufti* de la ciudad de Rodopi pudiesen ser realizadas<sup>622</sup>.

Aún conforme el fallo, al no recibir contestación del gobierno griego, los dos miembros musulmanes independientes del Parlamento "decidieron convocar elecciones en las mezquitas, para el viernes 28 de diciembre de 1990, tras las oraciones<sup>623</sup>".

El 28 de diciembre de 1990, el demandante fue elegido *Mufti* de Rodopi por los *ayudantes a las oraciones del viernes* en las mezquitas. Asimismo, con otros musulmanes, impugnó la legitimidad del Sr. "MT", *Mufti* designado por el Presidente de la República el 6 de abril de 1990, ante el *Consejo de Estado*<sup>624</sup>.

Conforme la sentencia, "el Fiscal de Rodopi entabló un proceso penal contra el demandante, en virtud de los delitos contenidos en los artículos 175 y 176 del Código Penal, por *usurpación de las funciones de líder espiritual* de una *religión conocida* y vestir en público los hábitos que corresponden a dicho cargo, sin tener derecho a ello<sup>625</sup>".

El 8 de noviembre de 1991 el Tribunal de casación decidió que el asunto fuera juzgado en Tesalónica. El 12 de diciembre de 1994, el mencionado Tribunal declaró culpable al demandante de los delitos mencionados *supra*, por

---

<sup>622</sup> Cfr. Sentencia del caso Serif c. Grecia de 14-12-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad\\_religiosa/manifestacion\\_seriff.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad_religiosa/manifestacion_seriff.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>623</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>624</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>625</sup> *Idem, ibidem*.

haber oficiado bodas, bautizado niños, predicado y realizado actividades administrativas.

El demandante interpuso recurso ante el Tribunal de apelación penal de Tesalónica, que no sólo lo rechazó, sino "confirmó la condena del demandante y le impuso una pena de seis meses de cárcel a conmutar por multa<sup>626</sup>."

Tras la negación del recurso ante el Tribunal de Casación, el demandante interpuso demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, basándose en los Artículos 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 10 (libertad de opinión, de expresión e información) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>626</sup> Cfr. Sentencia del caso Serif c. Grecia de 14-12-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad\\_religiosa/manifestacion\\_seriff.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad_religiosa/manifestacion_seriff.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

### 3.11.1.1. El margen de apreciación estatal del estado griego en la autonomía de las confesiones religiosas

El demandante arguyó que la desaprobación a las *funciones de líder espiritual* que ejerció constituyó una injerencia en su derecho a la libertad religiosa junto a la de los fieles musulmanes que acudieron a él<sup>627</sup>.

Conforme el artículo 11 del *Tratado de Paz de Atenas entre Grecia y otros, por un lado, y el Imperio Otomano, por otro*<sup>628</sup>, firmado el 17 de mayo de 1913, "no se podrá atentar contra la *autonomía* ni la organización jerárquica de las comunidades musulmanas existentes o las que pudieran crearse<sup>629</sup>". Asimismo, preconiza que "los Muftis, cada uno en su circunscripción, serán elegidos por los electores musulmanes<sup>630</sup>".

El Estado griego negó que hubiera alguna violación de los derechos del demandante o injerencia. Defendió que su derecho a la libertad religiosa "no le

---

<sup>627</sup> Cfr. Sentencia del caso Serif c. Grecia de 14-12-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad\\_religiosa/manifestacion\\_seriff.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad_religiosa/manifestacion_seriff.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>628</sup> Tratado ratificado por el Parlamento Griego mediante una Ley publicada en el Boletín Oficial el 14 de noviembre de 1913.

<sup>629</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>630</sup> *Idem, ibidem*.

garantiza el derecho de imponer a otros su interpretación sobre las obligaciones de Grecia a tenor de lo dispuesto en el Tratado de Paz de Atenas<sup>631</sup>".

El Tribunal de Estrasburgo juzgó si hubo injerencia estatal *prevista por la ley*, si representaba la *persecución a un fin legítimo* y si era *necesaria en una sociedad democrática* en el sentido del artículo 9.2 del Convenio<sup>632</sup>.

El Tribunal recordó que, aunque la libertad religiosa sea una cuestión de conciencia individual, incluye, además, "la libertad de manifestar la religión personal en el culto y la enseñanza, en comunidad con otros y en público"<sup>633</sup>, lo que no configuraría usurpación de las funciones religiosas por haber vestido los hábitos y practicar liturgias y actos sacerdotales sin supuestamente tener derecho.

En efecto, en dichas circunstancias, el Tribunal consideró que la condena del demandante supuso una injerencia en su derecho, "en virtud del artículo 9.1 del Convenio a manifestar su religión en el culto y en la enseñanza, en comunidad con otros y en público"<sup>634</sup>.

Asimismo, el Tribunal de Estrasburgo no consideró imperioso opinar sobre si la injerencia estatal estaba *prevista por la ley* ya que "es incompatible

---

<sup>631</sup> Cfr. Sentencia del caso Serif c. Grecia de 14-12-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad\\_religiosa/manifestacion\\_seriff.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad_religiosa/manifestacion_seriff.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>632</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>633</sup> *Idem, ibidem*. Analizar, *mutatis mutandi*, el fallo Kokkinakis contra Grecia de 25 mayo 1993, serie A, núm. 260-A, p. 17.

<sup>634</sup> *Idem, ibidem*.

con el artículo 9 por otros motivos<sup>635</sup>". No obstante, juzgó que la injerencia *perseguía un fin legítimo* pues, según el TEDH, los tribunales nacionales por lo menos "intentaron proteger el *orden* en la comunidad religiosa en cuestión y en la sociedad en general<sup>636</sup>", lo que constituye, según el Tribunal de Estrasburgo, medida de protección de los valores democráticos de una sociedad.

Es importante decir que las restricciones a los derechos convencionales deben perseguir alguno de los "fines legítimos" tasados por el CEDH. Se trata, según SAIZ ARNAIZ, de nociones reconducibles a la categoría de *orden público*: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención de las infracciones penales, protección de la salud o de la moral, protección de los derechos y las libertades de los demás<sup>637</sup>.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, el respeto a prerrogativas como el derecho a la libertad religiosa es, de hecho, el principio fundamental de todo el edificio del *orden público* de una sociedad y, por lo tanto, de los *valores democráticos* de una sociedad<sup>638</sup>.

---

<sup>635</sup> Cfr. Sentencia del caso Serif c. Grecia de 14-12-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad\\_religiosa/manifestacion\\_seriff.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad_religiosa/manifestacion_seriff.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

<sup>636</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>637</sup> Cfr. Saiz Arnaiz, A. "El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía Internacional de los Derechos". Disponible en: <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/alejandrosaiz.pdf>>.

<sup>638</sup> En ese sentido, Arai, Y. [et al.]. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp, Intersentia, New York, 2002. pp. 44 y ss.

El Estado griego consideró que el nombramiento del Mufti por parte del Estado no puede, en sí mismo, plantear un motivo de queja en virtud del artículo 9 del CEDH.

*Data venia*, en nuestra opinión, dicha injerencia afecta la autonomía de las confesiones religiosas plasmada en el *Tratado de Paz de Atenas entre Grecia y otros, por un lado, y el Imperio Otomano, por otro*<sup>639</sup>, firmado el 17 de mayo de 1913.

---

<sup>639</sup> Tratado ratificado por el Parlamento Griego mediante una Ley publicada en el Boletín Oficial el 14 de noviembre de 1913.

### 3.12. Libertad Religiosa, Confesiones Religiosas y Derecho de Propiedad

#### 3.12.1. El Caso *Los Santos Monasterios contra Grécia*: Hechos

El caso es concerniente a algunos Monasterios griegos - *Ano Xenia, Ossios Loucas, Aghia Lavra Kalavryton, Metamorphossis Sotiros, Assomaton Petraki, Chrvssoleontissa Eginis, Phlamourion Volou y Mega Spileo Kalavryton* – que, conforme el fallo, "habían acumulado numerosos bienes recibidos como donación antes de la formación del Estado griego en 1829<sup>640</sup>".

Aún conforme la sentencia, "la Ley 4684/1930 definía los bienes de los Monasterios como un patrimonio bien “a conservar” o bien “a liquidar”. La administración de los bienes de la segunda categoría que permanecían como propiedad de los Monasterios fue encomendada a una institución eclesiástica, la ODEP (Oficina de Administración de los Bienes de la Iglesia), cuyos miembros del Consejo de Administración eran designados por el Santo Sínodo<sup>641</sup>".

---

<sup>640</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grécia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE) S. doc. Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>641</sup> Cfr. *idem, ibidem*.



No obstante, la Ley 1700/1987 cambió las reglas concernientes al manejo, gestión y representación de todos los bienes monásticos, siendo concedidas estas tareas a la ODEP<sup>642</sup>.

Mencionada disposición legal cambió incluso la forma de seleccionar a los miembros de la ODEP, ahora elegidos por el Estado. Asimismo, la Ley resolvió que a los seis meses de su publicación el Estado griego sería el exclusivo propietario de todos los bienes monásticos, "salvo si los Monasterios estuvieran en condiciones de probar su condición de propietarios presentando, bien un título legal debidamente registrado, bien una decisión judicial definitiva adoptada contra el Estado<sup>643</sup>".

Es importante señalar que "el 11 de mayo de 1988 el Santo Sínodo permanente firmó un acuerdo con el Estado griego por el cual algunos de los Monasterios demandantes - Assornaton Petraki, Phlamourion Volou y Ossios Loucas - cedían al Estado sus tierras agrícolas y forestales. El acuerdo fue ratificado por el Parlamento (Ley 1811/1988) el 13 de octubre de 1988<sup>644</sup>".

Aún conforme el fallo, "a través de dos circulares de enero y febrero de 1989 el Ministro de Agricultura decidió desarrollar las Leyes 1700/1987 y

---

<sup>642</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grecia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE) S. doc. Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>643</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>644</sup> *Idem, ibidem*.

1811/1988. Sin embargo, las modalidades de cesión no han sido todavía establecidas, sobre todo en lo relativo al procedimiento que debe seguirse para determinar qué bienes deben ser transferidos, ya sea en virtud de la Ley 1700/1987 o de la Ley 1811/1988. Además, han aparecido diversos problemas en cuanto a la delimitación de los terrenos de arbolado que se supone pertenecen al Estado<sup>645</sup>".

---

<sup>645</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grécia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE) S. doc. Acceso en: 10 de febrero de 2009.

### **3.12.1.1. El Derecho Fundamental a la Propiedad y su Limitación a través de la injerencia del Estado griego - basada en la doctrina del Margen de Apreciación - en el caso *Los Santos Monasterios contra Grécia***

Los demandantes han alegado la violación de los artículos 9 (derecho a la libertad de religión), 11 (derecho a la libertad de asociación), 13 (derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional), y que en cuanto al artículo 14 (discriminación fundada en la religión), en relación con los artículos 6 (los derechos jurisdiccionales en materia civil y las garantías procesales en el curso del proceso criminal), 9 (derecho a la libertad de religión) y 11 (derecho a la libertad de asociación) del Convenio y 1 del Protocolo número 1 (derecho a la propiedad)<sup>646</sup>.

En fallo dictado en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1994, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* concluyó (por unanimidad) que hubo violación de los artículos 1 del Protocolo número 1 (derecho al respeto de los bienes) y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso

---

<sup>646</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grécia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE) S. doc. Acceso en: 10 de febrero de 2009.

equitativo) en el caso de los Monasterios demandantes que no eran parte del Convenio del 1 de mayo de 1988<sup>647</sup>.

Según el Convenio Europeo, toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes, siendo la propiedad un derecho fundamental<sup>648</sup>.

Según el Convenio Europeo, nadie puede ser privado de su propiedad sino por causas de *utilidad pública* y en las *condiciones previstas por la ley* y los *principios generales del Derecho Internacional Público*<sup>649</sup>.

Según el Parlamento Europeo, "el régimen de protección de los derechos de propiedad como un derecho fundamental es esencial en una sociedad democrática y para una economía basada en el libre comercio", necesitando el Estado protegerlo y convertirlo en algo accesible *erga omnes*, tomando en consideración el interés público<sup>650</sup>.

---

<sup>647</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grecia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE S.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE_S.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>648</sup> Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E2756\\_4DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E2756_4DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf)>.

<sup>649</sup> Cfr. *idem ibidem*. El original en inglés del documento dispone, *inter alia*: "everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest".

<sup>650</sup> Texto integral disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu>>, *in verbis*: "The regime of protection of property rights as a fundamental right is essential in a democratic society and for a free-market economy. The role of the State is to respect and protect this right against any form of encroachment, and to regulate the exercise of this right in order for it to be accessible to everyone, taking public interest into due consideration".

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, el derecho de los Estados a dictar leyes necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general *no es ilimitado*.

De esta forma, como hemos propuesto una definición respecto de la expresión *tema de interés público en el contexto de la libertad de expresión y libertad religiosa* (ver apartado supra), propondríamos definir la expresión *interés general en el contexto del derecho a la propiedad* como siendo un interés público que promueva la justicia social, la cohesión social y la función social de la propiedad, para evitar la discriminación de grupos minoritarios o la preeminencia de grandes latifundios/extensiones de tierra, no siendo responsable por suprimir, limitar o mitigar los derechos fundamentales contenidos en los diplomas nacionales y tratados internacionales del sistema internacional de protección de los derechos humanos, las normas de *ius cogens*, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional.

Conforme MICHEO<sup>651</sup>, la primera vez que el TEDH tuvo que resolver una presunta violación del *derecho de propiedad* reconocido en el Artículo 1 del Protocolo 1 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos*

---

<sup>651</sup> Cfr. Alvarez-Ossorio Micheo, F. "La Construcción del Derecho de Propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". In: <[www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/FernandoAlvarez.pdf](http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/FernandoAlvarez.pdf)>.

*Humanos y de las Libertades Fundamentales* fue con ocasión del caso *Marckx contra Bélgica* (Sentencia de 13 de junio de 1979).

Para la recurrente ante la Comisión, la Sra. Marckx, las disposiciones del *Código Civil belga* que regulaba la figura de la sucesión y la herencia, en concreto lo dispuesto para la sucesión en la línea madre a hijos ilegítimos, violaba el Art.1 del Prot.1, por cuanto la madre soltera no disfrutaba de entera libertad para disponer de sus bienes en favor de su hijo, a diferencia de lo que ese mismo Código disponía para el mismo supuesto cuando la relación era entre madre e hijos legítimos<sup>652</sup>.

El autor mencionado destaca valiosas lecciones generales concernientes al derecho de propiedad que pueden ser aplicadas al caso en análisis, como el hecho de que serán los Estados los únicos legitimados para constatar la necesidad preconizada en el Art. 1 del Protocolo 1 ("*de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général...*"), negándose a sí mismo el Tribunal competencia para valorar la opción política adoptada por el Estado, mucho menos cuando del Estado-legislador se trata<sup>653</sup>.

---

<sup>652</sup> Cfr. Alvarez-Ossorio Micheo, F. "La Construcción del Derecho de Propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". In: <www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/ Fernando Alvarez.pdf>.

<sup>653</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

Sobre la temática en cuestión, es imprescindible la perspectiva tridimensional del artículo 1 del protocolo plasmada en las lecciones del autor DUCOULOMBIER, *inter alia*: "L'article 1 du protocole 1 contient trois normes distinctes. La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin; elle ressort du deuxième alinéa<sup>654</sup>".

El Tribunal de Estrasburgo, ya desde esta primera sentencia, delimita su estrecho *margen de maniobra* (margen de apreciación). Extrae del mismo Art.1 Prot.1 la competencia del Estado para limitar legítimamente el contenido del derecho en pro del *interés general* y, como plasmación del anunciado *self-restraint*, decide no entrar a valorar las causas que a juicio del Estado pudieran requerir la citada regulación.

El *interés público* en ese contexto se refiere al derecho del Estado de reglamentar el uso de los bienes si así lo pide el interés general, sin perjuicio del respeto a las condiciones que enuncia, concierne al derecho del Estado

---

<sup>654</sup> Ducoulombier, P. "Article 1 protocole 1 - Protection de la propriété". In <[http://leuropedeslibertes.ustrasbg.fr/article.php?id\\_article=112&id\\_rubrique=5](http://leuropedeslibertes.ustrasbg.fr/article.php?id_article=112&id_rubrique=5)>.

intervenir en los derechos de posesión del propietario, así como servirse de sus bienes como juzgue oportuno durante todo el tiempo que fuere preciso para que el uso de tales bienes no suponga una infracción de la ley.

No obstante, es importante decir que algunos actos perpetrados por el Estado están autorizados por la segunda línea del artículo 1 del Protocolo núm. 1, interpretado a la luz del principio de derecho, común a los Estados contratantes, en virtud del cual pueden confiscarse las cosas cuyo uso haya sido reglamentariamente juzgado como *ilícito y peligroso para el interés general*.

Como pone de relieve ALVAREZ-OSSORIO MICHEO<sup>655</sup>, en una sentencia posterior (*Sporrong y Lönnroth contra Suecia*) el TEDH tuvo que hacer uso del derecho de propiedad como parámetro de control, fijando de manera casi definitiva el cliché del contenido del citado derecho. Y lo hizo tanto por lo que hace a su contenido como por lo que hace a sus límites inmanentes.

De hecho, a partir de esta segunda sentencia, el TEDH no va sólo a perfilar y ampliar el contenido del Art.1 Prot.1, labor iniciada con el caso Marckx, sino que, específicamente, va a dejar establecido el método de interpretación jurídica para todos los casos en que cuestiones que se le planteen

---

<sup>655</sup> Alvarez-Ossorio Micheo, F. "La Construcción del Derecho de Propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". In: <[www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/ Fernando Alvarez.pdf](http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/Fernando%20Alvarez.pdf)>.



sobre el derecho de propiedad, adquiriendo así sentencias el valor de precedentes jurisprudenciales<sup>656</sup>.

Prueba de ello es que la lectura de la última Sentencia del Tribunal que haya analizado una posible violación del derecho de propiedad responderá a este esquema jurídico tanto en lo que hace al contenido del derecho como al razonamiento jurídico que emplea el TEDH para resolver el caso concreto<sup>657</sup>.

El Tribunal va a comenzar su razonamiento decidiendo sobre si los hechos en litigio suponen o no la existencia o no de injerencia en el derecho de propiedad. Con los recurrentes, va a reconocer el TEDH que tanto el permiso de expropiación como la prohibición de construir limitan el derecho de sus titulares a disponer y usar de sus bienes, mutando el derecho de propiedad en un derecho "*precario y revocable*". Para dar por justificada o no la intervención en el derecho de propiedad, el Tribunal requiere por vez primera definir en toda su extensión el contenido del Art.1 Prot.1<sup>658</sup>.

En todas las Sentencias sobre el derecho de propiedad (incluso en el *Caso Los Santos Monasterios contra Grecia*<sup>659</sup>) será esta perspectiva previa la que servirá de guía para la resolución de futuros casos, siendo el derecho de

---

<sup>656</sup> Cfr. Ducoulombier, P. "Article 1 protocole 1 - Protection de la propriété". In <[http://leuropedeslibertes.ustrasbg.fr/article.php?id\\_article=112&id\\_rubrique=5](http://leuropedeslibertes.ustrasbg.fr/article.php?id_article=112&id_rubrique=5)>.

<sup>657</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>658</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grecia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE) S. doc. Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>659</sup> *Idem, ibidem*.

propiedad completado y enriquecido partiendo del supuesto concreto que cada demanda presente.

En el ejercicio de su poder de control, el Tribunal debe examinar la injerencia a la luz del conjunto del caso, incluido el alcance de las afirmaciones reprochadas al demandante y el contexto en el que las hizo.

Le corresponde determinar si la injerencia impugnada es "proporcional a los fines legítimos perseguidos" y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen "pertinentes y suficientes"<sup>660</sup>.

Según ALVAREZ-OSSORIO MICHEO<sup>661</sup>, una opinión, por definición, no se presta a una demostración de veracidad. Puede no obstante considerarse excesiva, sobre todo en ausencia de cualquier base factual. Las cuestiones de interés general sobre las que la prensa tiene el derecho, en el cumplimiento de su deber y responsabilidad, de comunicar informaciones e ideas comprenden aquellas relativas al funcionamiento del poder judicial.

Sin embargo, la acción de los tribunales, que son garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de derecho, requiere la confianza del público. Asimismo conviene protegerla contra los ataques desprovistos de

---

<sup>660</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grécia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE) S. doc. Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>661</sup> Cfr. Alvarez-Ossorio Micheo, F. "La Construcción del Derecho de Propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". In: [www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/FernandoAlvarez.pdf](http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/FernandoAlvarez.pdf).

fundamento, sobre todo al prohibir el deber de reserva reaccionar a los magistrados.

El Tribunal de Estrasburgo constató "que el patrimonio agrícola y forestal de los Monasterios demandantes se encuentra en estos momentos sometido a dos regímenes jurídicos paralelos: el de la Ley 1700/1987 (que regula el patrimonio de los Monasterios de *Ano Xenia*, *Aghia Lavra Kalavryton*, *Metamorphosis Sotiros*, *Chryssoleontissa Eginis* y *Mega Spileo Kalavryton*) y el de la Ley 1811/1988 (que regula el patrimonio de los Monasterios de *Assomaton Petraki*, *Phlamourion Volou* y *Ossios Loucas*)<sup>662</sup>" haciendo diferenciación entre "los Monasterios que han firmado el Convenio de 11 de mayo de 1988 y aquellos que no están vinculados a él"<sup>663</sup>.

Por cuestiones didácticas, adoptaremos las nomenclaturas "Monasterios de la Ley 1700" y "Monasterios del Convenio 1811".

Respecto de los "Monasterios de la Ley 1700", el TEDH consideró que "al establecer una presunción de propiedad a favor del Estado, el artículo 3.1.A) de la Ley 1700/1987 produce una modificación de la carga de la prueba, que a partir de ese momento es responsabilidad de los Monasterios demandantes: éstos sólo pueden hacer prevalecer su derecho de propiedad sobre los terrenos

---

<sup>662</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grecia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE) S. doc. Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>663</sup> *Idem, ibidem.*

objeto del litigio si dicho derecho resulta de un título legal debidamente registrado, de una disposición legislativa o de una decisión judicial definitiva contra el Estado, pero no de la usucapión, ni incluso de una decisión judicial definitiva contra un simple particular (art. 3.1.A) en relación con el artículo 1.1)<sup>664</sup>”.

En efecto, por unanimidad, el TEDH decidió que efectivamente existió una violación del artículo 1 del Protocolo número 1 en el caso de los "Monasterios de la Ley 1700", pues los demandantes fueron impedidos de por un tiempo, gozar y disponer de los bienes de los que continuaban siendo propietarios.

De hecho, la propiedad no fue obtenida por medio de la usucapión, siendo producto de donaciones de fieles.

Los "Monasterios de la Ley 1700" han presentado pruebas concretas de que detenían no solamente el *animus domini*, sino también el derecho concreto a las propiedades objeto de la demanda, que *no fueran* obtenidas por medio de adquisición ilegal.

ANTONIO RIVERO critica la posesión de tierras por la iglesia y monasterios, *inter alia*: "Ante la relajación de algunos eclesiásticos, Dios no se

---

<sup>664</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grecia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE) S. doc. Acceso en: 10 de febrero de 2009.

olvidó de su Iglesia. Al contrario, hizo surgir las órdenes mendicantes. Sus fundadores quisieron responder a la llamada del evangelio y a las necesidades de su tiempo. Fueron sensibles en particular al desarrollo de la herejía, al movimiento urbano y a la fermentación intelectual. Las órdenes mendicantes se llamaban así, porque en un tiempo en que los pastores de la iglesia se enriquecen siempre más, los monasterios abundan en tierras y en bienes, y la nueva burguesía de las ciudades se desvive por aumentar sus ganancias, ellos hacen voto de perfecta pobreza. En un tiempo en que se ahonda cada vez más la diferencia entre los grandes señores y el pueblo llano, ellos predicán la fraternidad cristiana. Su vida ya no depende de tierras de labranza ni de rentas. Viven de la limosna. Ya no se llaman monjes, sino hermanos<sup>665</sup>".

Sí en los días de hoy los monasterios abundan en tierras y en bienes, intentando aumentar sus ganancias, consideramos ser un proceso históricamente indudable.

En efecto, principalmente en la Edad Media tierras y bienes representaban poder.

No obstante, si la forma como han obtenido sus ganancias es legítima, entonces efectivamente tienen su derecho a la propiedad garantizado, por lo

---

<sup>665</sup> Antonio Rivero, P. "Siglo XIII Edad Media: Órdenes Mendicantes. Inquisición". In: <<http://www.scribd.com/doc/7863883/Siglo-XIII-Edad-Media>>.

menos hasta el momento en que el *interés público* prevalezca sobre el interés individual.

Finalmente, es importante señalar que, conforme defendieran los "Monasterios del Convenio 1811", la Ley 1811/1988 desdeña el artículo 1 del Protocolo número 1. Ellos alegaran, además, haber firmado el Convenio de 11 de mayo de 1988 bajo coacción<sup>666</sup>.

Aunque no haya tenido condiciones de considerar que los Monasterios demandantes actuaron bajo coacción, el Tribunal de Estrasburgo concluyó por unanimidad que ha existido injerencia en el derecho de propiedad de los interesados<sup>667</sup>.

De esa forma, una vez más el TEDH utilizó un mecanismo basado en la ambigüedad para decidir sobre un caso, siempre robusteciendo su doctrina del margen de apreciación estatal.

---

<sup>666</sup> Cfr. Sentencia del caso *Los Santos Monasterios contra Grecia* de 09-12-1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARE S.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARE_S.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>667</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

### 3.13. Libertad Religiosa y Libertad de Enseñanza

#### 3.13.1. El caso *Handyside c. Reino Unido*: Hechos

El caso *Handyside*<sup>668</sup> fue remitido al Tribunal por la Comisión Europea de los Derechos del Hombre.

El caso se origina por una demanda dirigida contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por un ciudadano británico, el señor Richard *Handyside*, que había acudido ante la Comisión el 13 de abril de 1972 en virtud del artículo 25 del Convenio de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales<sup>669</sup>.

El demandante, Richard *Handyside*, propietario de Stage.1, editorial londinense que fundó en 1968, publicó, entre otros libros, el pequeño libro rojo del colegio (“*The schoolbook*”), cuya versión original constituye el objeto del presente caso y cuya versión revisada apareció el 15 de noviembre de 1971<sup>670</sup>.

---

<sup>668</sup> Cfr. Caso *Handyside* contra el Reino Unido. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc) Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>669</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>670</sup> *Idem*, *ibidem*.

Después de haber hecho traducir el libro al inglés, el demandante preparó, con la ayuda de un grupo de niños y de profesores, una edición destinada al Reino Unido. Había consultado previamente a una serie de personas sobre el valor de la obra y tenía intención de publicarlo en el Reino Unido el 1 de abril de 1971. Tan pronto como acabó su impresión, dirigió varios centenares de ejemplares del libro acompañados de un comunicado de prensa a una serie de publicaciones que iban desde los diarios nacionales y locales hasta revistas pedagógicas y médicas, con el objeto de que se hiciera una reseña del libro. Insertó también anuncios relativos al libro en varias publicaciones, entre las que se encontraban “The Bookseller”, “The Times Educational and literary supplements” y “Teacher's World”<sup>671</sup>.

Tras recibir una determinada cantidad de quejas, el *Director of Public Prosecutions* (órgano que interpone mandados a la policía judicial en Londres) solicitó de la policía que “se aprehendiera 1.069 ejemplares del libro a título provisional con prospectos, carteles, postales y la correspondencia relativa a su publicación y a su venta”<sup>672</sup>.

El fallo dispone, *inter alia*: “Handyside se quejaba de que las medidas tomadas en el Reino Unido contra el *schoolbook* y contra sí mismo hubieran

---

<sup>671</sup> Cfr. Caso Handyside contra el Reino Unido. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc) Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>672</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.



desconocido su libertad de pensamiento, de conciencia y de convicción (art. 9 del Convenio), su libertad de expresión (art. 10) y su derecho al respeto de sus bienes (art. 1 del Protocolo núm. 1). Afirmaba también que, en contra del artículo 14 del Convenio, el Reino Unido no le había garantizado el goce de sus derechos sin discriminación fundada en sus opiniones políticas o en otras, que las diligencias llevadas a cabo contra él habían infringido el artículo 7 y que el Gobierno demandado había violado los artículos 1 y 13 del Convenio<sup>673</sup>”.

La Comisión, que funcionaba hasta 1998 como un filtro de los casos sometidos al sistema de protección del Consejo de Europa (ver anexo I), *aceptó la demanda en cuanto a las alegaciones relativas al artículo 10 del Convenio y al artículo 1 del Protocolo número 1*, "pero la declaró inadmisible en relación con los artículos 1, 7, 9, 13 y 14 del Convenio<sup>674</sup>".

Es importante señalar que analizaremos el Protocolo número 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos en apartado *infra* concerniente al derecho de propiedad de instituciones religiosas (caso *Los Santos Monasterios contra Grecia*).

---

<sup>673</sup> Cfr. Caso Handyside contra el Reino Unido. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc) Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>674</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

En el contexto del caso Handyside, los aspectos relativos a la violación al derecho de propiedad del demandante (plasmada en la aprehensión perpetrada por la injerencia estatal) no son decisivos.

De esa manera, pasamos directamente al análisis del derecho a la *libertad de expresión* en el contexto de la *libertad de pensamiento, conciencia y religión*.

### 3.13.1.1. Libertad Religiosa y Libertad de Expresión en el caso Handyside

Recoge la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el caso y hace suya la pauta de interpretación por la que “la libertad de expresión es aplicable no sólo en relación a las informaciones y las ideas que tienen una acogida favorable o que son consideradas como inofensivas o contempladas con indiferencia, sino también para aquéllas que chocan, ofenden, impactan o inquietan al Estado o a cualquier sector de la población, pues tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existiría sociedad democrática alguna<sup>675</sup>”.

Durante la segunda mitad de este siglo, las leyes internacionales sobre derechos humanos han consagrado el respeto a los derechos a la libertad de expresión, al acceso a la información y a la privacidad de las comunicaciones, creando una gran oposición a la intrusión gubernamental. Estos derechos están reflejados tanto en los artículos de numerosos acuerdos internacionales y regionales como en los fallos de diversos tribunales de derechos humanos<sup>676</sup>.

---

<sup>675</sup> Cfr. Caso Handyside contra el Reino Unido. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc) Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>676</sup> En ese sentido, Cassese, A. *International Law*. Oxford University, Oxford, 2004, pp. 243 y ss.

De hecho, estos medios de defensa de los derechos humanos tienen sus limitaciones. La Declaración Universal ha sido aceptada y hecha efectiva por todos los 185 miembros de Naciones Unidas, pero no todos sus apartados son vinculantes. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos<sup>677</sup> es vinculante, pero los mecanismos empleados para su cumplimiento, como hemos visto, son limitados. Y aunque hay acuerdos vinculantes para América, Europa y África, no hay ninguno en Asia u Oriente Medio.

Estos acuerdos regionales incluyen diversos mecanismos para su cumplimiento, pero también son limitados. Cuando se permiten las demandas individuales, el tiempo requerido para que un caso llegue a las instancias internacionales puede ser grande. Más aún, estos medios de protección de derechos, especialmente la Convención Europea, están limitados por excepciones que han sido seriamente criticadas por ser demasiado amplias.

Sea como sea, estos acuerdos sobre derechos humanos han servido para expandir el derecho a la libertad de expresión por todo el mundo, llegando a formar parte de las leyes internacionales y afectando a las leyes nacionales de muchos países.

El derecho a la libertad de expresión fue proclamado por primera vez como una norma internacional por los países que pertenecían en 1948 a las

---

<sup>677</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

Naciones Unidas en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Juntos, los artículos 12, 19 y 27 de la Declaración Universal constituyen todo un programa de protección de la libertad de expresión. El Artículo 19 dice así: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión<sup>678</sup>”.

El Artículo 12 establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia...” La manera en la que está redactado este artículo es lo suficientemente amplia como para abarcar todas las comunicaciones dirigidas a una persona o grupo de personas. Finalmente, el derecho a buscar, recibir y difundir información garantizado por el Artículo 19, se ve reforzado por el Artículo 27, que establece el derecho de todo individuo a “tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

El texto del Artículo 19, escrito con una cierta visión de futuro (“*por cualquier medio de expresión*”) hace que sea claramente aplicable a todas las formas de expresión. El derecho a “buscar” y “difundir” información expresa a

---

<sup>678</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/>>.

la perfección la manera de publicación de libros y la búsqueda de aquellos por parte de las personas.

Sin embargo, la Declaración Universal está sujeta a excepciones. El Artículo 29, Sección 2, establece que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática<sup>679</sup>.”

En ese contexto de “*satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*”, tenemos el capítulo sobre “los alumnos” que, según la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos del 7 de diciembre de 1976, “contenía una sección de 26 páginas sobre el sexo, que incluía las siguientes subsecciones: masturbación, orgasmo, relaciones sexuales y caricias íntimas, anticonceptivos, sueños húmedos, menstruación, viejos verdes, pornografía, impotencia, homosexualidad, normal o anormal, intenta saber más, enfermedades venéreas,

---

<sup>679</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/>>.

aborto, aborto legal e ilegal, recuerda, métodos de aborto, direcciones para tu ayuda y consejo en temas sexuales<sup>680</sup>”.

La introducción precisaba: “Este libro está concebido como un libro de referencia. La idea no es leerlo seguido, sino utilizar su índice de materias para buscar y leer aquello que te interesa o sobre lo que deseas saber más. Incluso si tú vas a una escuela progresista, encontrarás en este libro un montón de ideas para mejorar las cosas<sup>681</sup>”.

Conforme dicha sentencia, “En efecto, el Tribunal examinó primeramente el problema de la obscenidad. Refiriéndose a una sentencia dictada en un proceso diferente, entendió que era preciso llegar a la convicción de que las personas que se pretendía que tendrían posibilidad de leer el libro formaban una fracción importante de público. Igualmente aceptó la definición dada en la citada sentencia a los verbos “depravar y corromper”, aspecto sobre el que no existía controversia entre las partes. Conforme a otra decisión judicial, el Tribunal había decidido escuchar a expertos sobre si el schoolbook revestía o no un carácter obsceno. Normalmente no era admisible este tipo de prueba, pero únicamente en el ámbito de la sección prevista en el artículo 4 de las Leyes de 1959 y 1964 parecía que debía admitirse en este litigio, dada la

---

<sup>680</sup> Cfr. Caso Handyside contra el Reino Unido. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008>.

<sup>681</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

influencia del libro sobre los niños. En consecuencia, el Tribunal escuchó a siete testigos de cargo y nueve de descargo, expertos en materias distintas, especialmente en psiquiatría y enseñanza. Los expertos expresaron opiniones muy divergentes. Después de sus manifestaciones, el demandante había manifestado que cuando la tesis de la acusación chocaba con la opinión sincera de numerosos expertos altamente calificados no podía afirmarse que se hubiera probado con certeza la tendencia a depravar y corromper. El Tribunal no mantuvo esta argumentación. En su sentencia de 29 de octubre de 1971 manifestó que los únicos susceptibles de ser influenciados de algún modo por el libro provenían de ambientes de una diversidad casi ilimitada, de tal manera que era difícil hablar de “hechos ciertos” en este caso<sup>682</sup>”.

Según Martín Sánchez<sup>683</sup>, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 62/1982, se ha referido a la sentencia concerniente al caso Handyside, preguntandose "si las medidas [que deben adoptarse para la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales] eran necesarias para el fin perseguido", siendo necesario, en ese contexto, analizar *el principio de la proporcionalidad*.

---

<sup>682</sup> Cfr. Caso Handyside contra el Reino Unido. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)> Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>683</sup> Cfr. Martín Sánchez, I., *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002. pp. 124 y ss.



Conforme MARTÍN SÁNCHEZ, la "la Sala [del TC] no ignora la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación<sup>684</sup>." El TC determinó que se "debe respetar este margen de apreciación que corresponde a los jueces y tribunales, a quienes corresponde también la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas, pues lo contrario llevaría al TC sustituir a la jurisdicción ordinaria<sup>685</sup>" siendo, según el TC, "imprescindible la conclusión de que ha de circunscribirse a determinar si el principio de la proporcionalidad ha quedado infringido, desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, por ser la medidas adoptadas desproporcionadas para la defensa del bien que da origen a la restricción<sup>686</sup>".

Según la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>687</sup>, "pendiente la apelación, el demandante consultó a sus abogados sobre la revisión del schoolbook, para evitar ulteriores acusaciones. Aparentemente intentó consultar también, aunque sin éxito, al *Director of Public Prosecutions*.

---

<sup>684</sup> Cfr. Martín Sánchez, I., *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002. pp. 124 y ss.

<sup>685</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>686</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>687</sup> Cfr. Caso Handyside contra el Reino Unido. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

Decidió eliminar o dar nueva redacción a los pasajes que habían sido calificados de ofensivos ante el Magistrates' Court, pero para ello era preciso a veces cambiar sustancialmente su redacción”.

Además, el Tribunal estimó que “el *schoolbook* en su conjunto, y por ir destinado a los niños, era perjudicial para las relaciones entre profesores y alumnos. En él figuraban en particular muchos pasajes subversivos no sólo para la autoridad, sino también para la confianza entre alumnos y profesores<sup>688</sup>”.

Conforme la sentencia<sup>689</sup>, “pasando al examen de la tendencia a depravar y corromper, el Tribunal analizó el espíritu del libro considerado en su conjunto. Notó que el sentido de una cierta responsabilidad hacia la sociedad y hacia sí mismo, sin que estuviera del todo ausente, se encontraba absolutamente subordinado al desarrollo de las autoexpresiones del niño”. A título de ejemplo de lo que parecía resultar una tendencia a depravar y corromper, citó el pasaje siguiente (pasaje titulado “Sé tú mismo”): “Puede ser que fumes hatchís o te acuestes con tu amiguito o tu amiguita sin decírselo a tus padres o a tus profesores porque no te atreves o simplemente porque no deseas hablar de ello”. [...] Cuando hagas cosas que de verdad te apetezcan y que tú crees que son buenas, no te sientas avergonzado o culpable por la simple razón de que tus

---

<sup>688</sup> Cfr. Caso Handyside contra el Reino Unido. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>689</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

padres o tus profesores pudieran desaprobarlo. Un montón de cosas serán mucho más importantes para ti en la vida que las cosas que te han sido ‘aprobadas’<sup>690</sup>”.

Los principios enunciados en la Declaración Universal son repetidos y expandidos en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, firmado en 1966, y cuya entrada en vigor tuvo lugar en 1976. Ha sido ratificado por 140 naciones. El artículo 19 del Pacto copia casi literalmente el Artículo 19 de la Declaración Universal. Dice así: “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones (...) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión.”<sup>691</sup>”

Usando palabras más generales, el Artículo 19 del Pacto establece que la libertad de expresión se extiende a cualquier tipo de medio: “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”<sup>692</sup>”.

---

<sup>690</sup> Cfr. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>691</sup> Cfr. International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

<sup>692</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

El Pacto también retoma el punto clave del Artículo 12 de la Declaración Universal: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia<sup>693</sup>”.

El Pacto define el alcance de las limitaciones que podrían imponerse a la libertad de expresión. De acuerdo con la ley de la mayoría de las naciones, el Pacto reconoce que la libertad de expresión debe ser limitada bajo ciertas circunstancias<sup>694</sup>.

El Pacto obliga, sin embargo, a que esas restricciones estén claramente definidas y que no sean arbitrarias. El Artículo 19 Sección 3 establece que dichas restricciones deberán estar “*expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; [o asegurar] b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*”<sup>695</sup>.

La esencia de la aplicación del Pacto implica interpretar esta limitación. Se ha dicho que esta restricción obliga a que las leyes que restrinjan la libertad de expresión deben ser “abiertas, específicas y precisas”.

---

<sup>693</sup> Cfr. International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

<sup>694</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>695</sup> *Idem, ibidem*.

Más aún, el problema que supone demostrar la validez de una restricción a la libertad de expresión debería ser responsabilidad del gobierno. El principal obstáculo para los gobiernos es la obligatoriedad de que la restricción sea “necesaria”; esto generalmente ha sido interpretado como una norma muy común.

El Pacto incluye otros apartados relacionados con la *libertad de expresión*.

El Artículo 17 establece que “nadie será objeto de... ataques ilegales a su honra y reputación... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques<sup>696</sup>”.

El Artículo 20 establece que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley<sup>697</sup>”.

Es importante decir que, inspirándose en el Artículo 27 de la Declaración Universal, el Artículo 15 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>698</sup> reconoce los importantes “beneficios que

---

<sup>696</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

<sup>697</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>698</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/>>.

derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales<sup>699</sup>”.

De acuerdo con esto, los 136 países firmantes se comprometen a “*difundir la ciencia y la cultura*” y a “respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora<sup>700</sup>”.

Estos principios establecen que la libertad de expresión debe ser respetada internacionalmente para poder lograr avances sociales, científicos y culturales.

El Artículo 10 de la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*<sup>701</sup> establece que: “(1) Todos los individuos tienen derecho a la libertad de expresión. Este derechos incluirá el poder expresar opiniones libremente y tener derecho a recibir y difundir información e ideas sin ninguna interferencia de la autoridad pública y sin limitación de fronteras. Este Artículo no prohíbe que los Estados soliciten licencias para emitir desde un medio de difusión, una cadena de televisión o un cine. (2) El ejercicio de estos derechos, dado que implica ciertos deberes y responsabilidades, puede estar sujeto a las formalidades, condiciones o restricciones que establece la ley y son necesarias en una sociedad democrática

---

<sup>699</sup> Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/>>.

<sup>700</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>701</sup> Disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>.

para salvaguardar la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, prevenir el desorden o el crimen, proteger la salud y la moral, proteger la reputación o los derechos de otros individuos, prevenir la revelación de información confidencial, o para proteger la autoridad e imparcialidad del estamento judicial”.

El Artículo 10<sup>702</sup> no reconoce derechos en términos absolutos, así como la Declaración Universal también está sujeta a excepciones (Artículo 29, Sección 2). El párrafo segundo especifica que la libertad de expresión puede ser limitada en función de determinados intereses.

Se ha debatido numerosas veces la cuestión de si estas excepciones son demasiado amplias. Pero incluso en Estados Unidos y otros países que ofrecen una protección constitucional a la libertad de expresión, se permiten ciertas restricciones si son autorizadas por una decisión judicial.

Aquellos que defienden el Artículo 10 argumentan que es preferible un artículo redactado de esta manera dado que la lista de posibles restricciones es limitada y debido a que el Artículo 10 también establece que cualquier restricción en el ejercicio de la libertad de expresión debe ser una restricción

---

<sup>702</sup> Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E2756\\_4DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E2756_4DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf)>.

“que establece la ley” y, como hemos visto, *necesaria en una sociedad democrática* para servir a alguno de los intereses enumerados.

Al evaluar la expresión “necesaria en una sociedad democrática”, señala el profesor ARAI, *literis*<sup>703</sup>: *"In evaluating whether there exists such a "pressing social need", national authorities are allowed a margin of appreciation. It is in fact the evaluation of democratic necessity that has spawned the most significant principles of interpretation. The leading authorities on European human rights law note that "the interpretation of the phrase "necessary in a democratic society" epitomises the Convention's underlying tension between the rights of the individual and the interests of society as a whole.*

El amplio número de documentos sobre derechos humanos comentados aquí proporcionan una evidencia sustancial de que el principio de libertad de expresión está muy bien asentado en las leyes, principios y acuerdos internacionales.

Los tratados, acuerdos y decisiones de tribunales internacionales recopilados también evidencian un consenso internacional en el alcance de este derecho: es aplicable a cualquier medio de expresión y a la capacidad de recibir

---

<sup>703</sup> Arai, Y. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp. New York: Intersentia, 2002, pp. 15 y ss.



y transmitir información, y está sujeto sólo a *restricciones limitadas*, o sea, el

Estado no tiene total poder de injerencia.

### 3.13.1.2. La doctrina del ‘margen de apreciación’ y el caso Handyside

El ejercicio de determinadas libertades, que comportan deberes y responsabilidades, según el TEDH, puede ser sometido a ciertas formalidades, *condiciones, restricciones o sanciones* previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de los demás, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial<sup>704</sup>.

Las diversas medidas objeto de la demanda — condena penal infligida al demandante, secuestro seguido de confiscación y destrucción de la matriz y de cientos de ejemplares del *schoolbook* — han constituido sin ninguna duda, y el Gobierno no lo ha negado, “injerencias de las autoridades públicas” en el ejercicio de la libertad de expresión del interesado, garantizada por el apartado 1 del texto citado. Tales injerencias comportan una violación del artículo 10, si no constituyen una de las excepciones establecidas por el apartado 2, el cual reviste así una importancia determinante en este caso.

---

<sup>704</sup> Arai, Y. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp. New York: Intersentia, 2002, pp. 15 y ss.

Para que no supongan infracción del artículo 10 las restricciones y sanciones que constituyen el objeto de la demanda del señor Handyside deberían, en primer lugar, conforme al apartado 2, estar “previstas por la ley”.

El Tribunal de Estrasburgo constató que tal fue el caso (Leyes de 1959 y 1964 del Reino Unido). Habiendo verificado así que las injerencias litigiosas respetaban la primera de las condiciones del apartado 2 del artículo 10, el Tribunal ha investigado a continuación si cumplían igualmente las demás. Según el Gobierno y la mayoría de la Comisión, eran “necesarias en una sociedad democrática (...) para la protección (...) de la moral”<sup>705</sup>.

El Tribunal<sup>706</sup> constata para comenzar, conforme con el Gobierno y el acuerdo unánime de la Comisión, que las Leyes de 1959 y 1964 tienen un fin legítimo conforme al artículo 10.2: la protección de la moral en una sociedad democrática. Únicamente este último propósito es relevante en este caso, pues el objetivo de las citadas leyes – combatir las publicaciones obscenas, definidas por su tendencia para “depravar y corromper” – está unido mucho más a la protección de la moral que a cualquiera de las otras finalidades admisibles conforme al artículo 10.2.

---

<sup>705</sup> Cfr. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>706</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

Incumbe al Tribunal investigar igualmente si la protección de la moral en una sociedad democrática hacía necesarias las diversas medidas tomadas contra el demandante y el *schoolbook* en virtud de las Leyes de 1959 y 1964. El señor Handyside no se limita a criticar éstas en sí mismas. Formula igualmente en el ámbito del Convenio, y no del Derecho inglés, varias quejas relativas a su aplicación en este caso.

El informe de la Comisión y los subsiguientes debates de junio de 1976 ante el Tribunal han revelado claras divergencias sobre un problema crucial: el método a seguir para determinar si las restricciones y sanciones concretas denunciadas por el interesado eran “*necesarias en una sociedad democrática (...) para la protección de la moral*”. Según el Gobierno y la mayoría de la Comisión, el papel del Tribunal consiste únicamente en verificar que la jurisdicción inglesa ha obrado de buena fe, de manera razonable y *en los límites del margen de apreciación consentido a los Estados contratantes por el artículo 10.2*.

Para la minoría de la Comisión, *contrario sensu*, el Tribunal no debe controlar la sentencia de los *Inner London Quarter Sessions*, sino examinar directamente el *schoolbook* a la luz del Convenio y exclusivamente a su amparo.

El Tribunal destaca que el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre.

El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los Estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra. Las instituciones creadas por él contribuyen a esa finalidad, pero no entran en juego sino por la vía contenciosa y después de haberse agotado las vías de recursos internos<sup>707</sup>.

Este criterio es válido también para el artículo 10.2. En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral. La idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia.

Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas

---

<sup>707</sup> Cfr. artículo 26 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>.

exigencias, así como sobre la “necesidad (...) de una restricción o sanción” destinada a dar una respuesta a ello.

El Tribunal nota en esta ocasión que si el adjetivo “necesario” en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de “indispensable” (comparar en los artículos 2.2 y 6.1 las palabras “absolutamente necesario” y “estrictamente necesario” y en el art. 15.1 la frase “en la estricta medida en que la situación lo exija”), no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como “admisible”, “normal” (comparar el artículo 4.3), “útil” (comparar la primera línea del artículo 1.1 del Protocolo), “razonable” (comparar los artículos 5.3 y 6.1) u “oportuno”.

Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de “necesidad” en este contexto.

En consecuencia, el artículo 10.2 reserva a los Estados contratantes un *margen de apreciación*. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional (“previstas por la ley”) y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor<sup>708</sup>.

---

<sup>708</sup> Ver sentencia “Engel y otras” de 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, páginas 41 y 42, apartado 100; comparar el artículo 8.2 la sentencia “De Wilde, Ooms y Versyp” de 18 de junio de 1971, serie A, núm. 12, ps. 45 y 46, apartado 93, y la sentencia “Golder” de 21 de febrero de 1975, serie A, núm. 18, ps. 21 y 22, apartado 45.

El artículo 10.2 no atribuye, sin embargo, a los Estados contratantes un poder ilimitado de apreciación. Encargado, junto con la Comisión, de asegurar el respeto de sus compromisos (art. 19), el Tribunal tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva sobre el hecho de si una restricción o sanción se concilia con la libertad de expresión tal como la protege el artículo 10.

El *margen nacional de apreciación* va íntimamente ligado a una supervisión europea. Ésta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su “necesidad”. Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente.

En esta línea, el Tribunal sigue tanto el artículo 50 del Convenio (“decisión tomada o [...] medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad”), así como su propia jurisprudencia (sentencia “Engel y otros” de 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, ps. 41 y 42, apartado 100).

Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una “sociedad democrática”. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres.

Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o

indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”.

Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.

Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume “deberes y responsabilidades”, cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.

Analizando, como en este supuesto, si las restricciones o sanciones procuraban una “protección de la moral”, que las hiciera “necesarias en una sociedad democrática”, el Tribunal no podría hacer abstracción de los deberes y responsabilidades del interesado.

Se sigue de ello que el Tribunal no tiene como tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino apreciar, desde la perspectiva del artículo 10, las decisiones dictadas en el ejercicio de su poder de apreciación.

No obstante, su control sería ilusorio en términos generales si se limitara a examinar aisladamente estas decisiones. Debe contemplarlas a la luz del conjunto del asunto, comprendiendo en ello la publicación de que se trate y los



argumentos y medios de prueba invocados por el demandante en el orden jurídico interno, y después en el plano internacional. Incumbe al Tribunal determinar, sobre la base de los distintos elementos a su alcance, si los motivos dados por las autoridades nacionales para justificar las medidas concretas de “injerencia” que adoptan son pertinentes y suficientes a la vista del artículo 10.2<sup>709</sup>.

Al fin y al cabo, aunque la Comisión haya aceptado la demanda en cuanto a las alegaciones relativas al artículo 10 del Convenio y al artículo 1 del Protocolo número 1, el Tribunal de Estrasburgo, consideró *que no se ha producido violación del artículo 10 del Convenio, tampoco del artículo 1 del Protocolo número. 1*<sup>710</sup>.

En voto particular, el Juez MOSLER<sup>711</sup> se preguntó si la aplicación de las medidas litigiosas, no apropiadas desde un punto de vista objetivo, estaba amparada por el margen dejado a los órganos nacionales para elegir entre

---

<sup>709</sup> Examinar, *mutatis mutandi*, la sentencia “Wemhoff” de 27 de junio de 1968, serie A, núm. 7, páginas 24 y 25, apartado 12; la sentencia “Neumeister” de 27 de junio de 1968, serie A, núm. 8, p. 37, apartado 5; la sentencia “Stögmüller” de 19 de noviembre de 1969, serie A, núm. 9, p. 39, apartado 3; la sentencia “Matznetter” de 10 de noviembre de 1969, serie A, núm. 10, p. 31, apartado 3, y la sentencia “Ringeisen” de 16 de julio de 1971, serie A, núm. 13, página 42, apartado 104.

<sup>710</sup> Cfr. Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>711</sup> Cfr. voto particular contenido en la Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

diversas medidas tendientes a un *objetivo legítimo* y para apreciar su posible eficacia.

Según el juez, la respuesta debe ser negativa en razón a la desproporción manifiesta entre la parte de la edición sujeta a tales medidas y la otra parte cuya circulación no fue impedida. Sin duda, la acción emprendida tuvo por resultado castigar al señor Handyside conforme a la ley, pero este efecto no justifica en sí mismo medidas que no eran propias para proteger a los jóvenes contra la lectura del libro<sup>712</sup>.

Aún según MOSLER, la conclusión que se impone es que la acción litigiosa no era necesaria en el sentido del artículo 10.2 en relación al fin perseguido. Tal medida no está amparada por las excepciones que sufre la libertad de expresión, aunque el fin fuera perfectamente legítimo y aunque la calificación de lo que deba ser considerado como moral en una sociedad democrática permanezca en el margen de apreciación del Estado<sup>713</sup>.

MOSLEY no se convenció de que las medidas adoptadas por las autoridades británicas, incluyendo la sentencia de los *Inner Quarter London*

---

<sup>712</sup> Cfr. voto particular contenido en la Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

<sup>713</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

*Sessions*, fueran necesarias en el sentido del artículo 10.2 para alcanzar su objetivo de protección de la moral<sup>714</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, que es la misma opinión del Juez mencionado supra, el artículo 10.2 no permite a los Estados establecer restricciones y sanciones al ejercicio de la libertad de expresión por cualquier persona, sino si constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para ciertos fines considerados como excepciones legítimas al derecho garantizado por el apartado 1, entre los cuales aparece la protección de la moral invocada por el Gobierno.

En nuestra opinión, si falta uno de los elementos que habilitan al Estado *para utilizar la excepción al derecho de libertad de expresión*, no se aplica el apartado 2, y el derecho del individuo debe ser respetado sin injerencia alguna. Las medidas aplicadas al demandante perseguían, pues, un objetivo legítimo. Estaban tomadas al amparo de una legislación que no puede ser criticada desde la perspectiva del artículo 10.2. Nadie objeta su conformidad con esta legislación. Tales medidas estaban “previstas por la ley”, en el sentido del Convenio.

El control del Tribunal no puede, sin embargo, pararse ahí.

---

<sup>714</sup> Cfr. voto particular contenido en la Sentencia de 7-12-1976. Disponible en: <[http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc)>. Acceso en: 25 de febrero de 2008.

Habida cuenta de que los criterios del artículo 10.2 constituyen nociones autónomas, el Tribunal debe investigar a la vez si era necesario para las autoridades nacionales servirse del medio empleado por ellas para alcanzar el objetivo y si tales autoridades *han sobrepasado el margen nacional de apreciación*, conduciendo a una violación del estándar común garantizado por una noción autónoma.

En efecto, el derecho consagrado en el artículo 10.1 es de tan alto valor para toda sociedad democrática que el criterio de la necesidad combinado con otros criterios, *cuando justifica una excepción al principio*, debe ser examinado bajo todos los aspectos que las circunstancias sugieran.

### **3.13.2. El caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido: Hechos**

Los demandantes (señor Viking Kjeldsen y su esposa Annemarie; señor Arne Busk Madsen y su mujer Inger y señor Hans Pedersen y la señora Ellen Pedersen), padres y madres daneses, con sus respectivos hijos en edad escolar, se contrapusieron a la educación sexual "integrada, y, por tanto, obligatoria, tal como fue introducida por la Ley núm. 235, de 27 de mayo de 1970, de reforma de la Ley sobre escuelas públicas (*lov om aedring af lov om folkeskolen*, "la Ley de 1970"), en las escuelas primarias de Dinamarca<sup>715</sup>".

Conforme la sentencia, "las asignaturas enseñadas eran, para las Cuatro primeras clases, danés, escritura, aritmética, cristianismo (*kristendomskundskab*), historia, geografía, biología, educación física, música, bellas artes y trabajos manuales; a ellas se añadían inglés y trabajo de la madera en los años quinto y sexto, y alemán, matemáticas, ciencias naturales artes domésticas en el séptimo. A partir del octavo año, los escolares podían, en cierta medida, elegir entre estas clases las de su preferencia. La Ley atribuía al Ministro de Educación la determinación de los objetivos de la enseñanza, a las

---

<sup>715</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

autoridades escolares locales el contenido de los programas de estudio y el número de clases. Esta regla conocía, sin embargo, dos excepciones. De una parte, la enseñanza religiosa debía ser conforme a la doctrina evangélica luterana, la de la iglesia nacional, pero los niños podían ser dispensados de aquélla. De otra parte, el legislador había prescrito a las escuelas que incluyeran en, sus programas de estudios, a menudo en, relación con temas tradicionales, ciertas asignaturas nuevas, como la seguridad en carretera, instrucción cívica, higiene y *educación sexual*<sup>716</sup>.

El gobierno danés, alarmado por la frecuencia creciente de los embarazos no deseados y de los abortos – problema de salud pública (tema de *interés general*) – delegó en 1961 a una Comisión (compuesta de médicos, pedagogos, juristas, teólogos y expertos gubernamentales) que examinara el problema de la educación sexual (*Seksualoplysningsudvalget*)<sup>717</sup>, que presentó en 1968 un informe titulado “La educación sexual en las escuelas públicas”<sup>718</sup>. La comisión recomendó que se añadiera la educación sexual en las *asignaturas*

---

<sup>716</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>717</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>718</sup> *Idem*, *ibidem*.

*obligatorias* de los programas de estudios de las escuelas públicas, siendo los profesores dispensados de contribuir a esta enseñanza.<sup>719</sup>.

En efecto, en Dinamarca todos los niños tienen derecho a enseñanza gratuita en las escuelas públicas (*folkeskolen*), pero, según el artículo 76 de la Constitución danesa, los padres no están obligados a matricularlos en ellas (opción: educación en escuela privada o a domicilio)<sup>720</sup>.

Conforme la sentencia, "en marzo de 1970, el Ministro de Educación remitió al Parlamento un proyecto de ley dirigido a modificar la Ley sobre las escuelas públicas. El proyecto tendía, entre otras cosas, a hacer obligatoria la educación sexual y a integrarla en la enseñanza general de las escuelas primarias públicas<sup>721</sup>". No obstante, conforme dicho proyecto, los profesores estaban obligados a ser parte en esta enseñanza.

Además, el gobierno adoptó el Decreto núm. 274, de 8 de junio de 1971, que dispuso, *ipsis literis*: "desaparecerá el derecho de los padres de que sus hijos estén exentos de la educación sexual impartida en la escuela<sup>722</sup>".

---

<sup>719</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>720</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>721</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>722</sup> *Idem, ibidem*.

Según el fallo, "el 26 de junio de 1975, el Parlamento danés aprobó una nueva Ley sobre las escuelas públicas (Ley núm. 313), que entró plenamente en vigor el 1 de agosto de 1976.

La Ley no reformó, sin embargo, ninguna de las disposiciones pertinentes en este caso: la educación sexual continúa siendo una parte integrante y obligatoria de la instrucción en la escuela elemental<sup>723</sup>".

Estaba configurada la injerencia estatal en el derecho de los padres.

---

<sup>723</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009. La sentencia señala que "durante el examen del proyecto por el Parlamento, el Partido Popular Cristiano había presentado una enmienda tendente a permitir a los padres la posibilidad de pedir que sus hijos sean exceptuados de la educación sexual. La enmienda fue rechazada por 103 votos contra 24".



### 3.13.2.1. El margen de apreciación estatal en el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido

Los demandantes han alegado violación estatal de los artículos 8 (respeto de su vida privada y familiar), 9 (derecho a la libertad de religión) y 14 (discriminación fundada en la religión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>724</sup>.

Además, los demandantes se han fundamentado en el artículo 2 del Protocolo núm. 1, según el cual: “A nadie puede negarse el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asumirá en el ámbito de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza, *conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*”<sup>725</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo no distinguió ninguna infracción a los dispositivos mencionados *supra*<sup>726</sup>.

---

<sup>724</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>725</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

<sup>726</sup> *Idem*, *ibidem*.

Nuestro punto de vista está de acuerdo con el punto de vista de la mayoría de los jueces del Tribunal de Estrasburgo respecto del hecho de que el artículo 2 del Protocolo número 1 tiene como objetivo principal la promoción de una sociedad plural y democrática<sup>727</sup>.

No obstante, en nuestra opinión, uno de los pilares de la democracia consiste en el respeto de las voluntades individuales, hasta el punto en que no molesten a los demás. Y, conforme el fallo, "la introducción de la educación sexual obligatoria no correspondía en modo alguno a la voluntad general de la población. Un director de escuela de Nyborg había recogido, en un lapso de tiempo muy corto, 36.000 firmas de protesta. Igualmente, un sondeo efectuado por el Instituto Observa y publicado el 30 de enero de 1972 por un diario, el "Jyllands-Posten", había revelado que, en una muestra de 1.532 personas de dieciocho años o más, el 41 por 100 se pronunciaba en favor de un sistema facultativo, un 15 por 100 rechazaba toda educación sexual en las escuelas primarias y un 35 por 100 solamente aprobaba el sistema instaurado por la Ley de 1970<sup>728</sup>".

De esa forma, bajo nuestro punto de vista, hubo excesos por parte del Estado al perpetrar su injerencia basada en la doctrina del margen de

---

<sup>727</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>728</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

apreciación para que prevaleciera el *interés general* en ese contexto. Al fin y al cabo, fue probado por los demandantes que la adopción de la asignatura de educación sexual no representaba la *voluntad general*<sup>729</sup>.

El juez VERDROSS<sup>730</sup> también estuvo contra la mayoría de los jueces en ese punto, señalando que le parecía importante diferenciar entre las lecciones concernientes a la sexualidad humana (que, según el juez, "constituyen el objeto de la ciencia natural, sobre todo de la biología"<sup>731</sup> siendo de "carácter neutro, desde el punto de vista de la moralidad"<sup>732</sup>), y las lecciones relativas a las actividades sexuales ("incluida la anticoncepción (...) afectan siempre a la formación de su conciencia"<sup>733</sup>).

Dispone VERDROSS, *in verbis*: "(...) resulta que incluso informaciones objetivas sobre la práctica sexual dadas demasiado pronto en una escuela pueden violar las convicciones cristianas de los padres. Estos tienen, por tanto, el derecho a oponerse a ellas. Contra esta opinión no puede invocarse el artículo 10 del Convenio, que consagra la libertad de toda persona a recibir y comunicar información, pues el artículo 2 del Protocolo núm. 1 constituye una

---

<sup>729</sup> Cfr. Rashad, I. "Religious Liberties in Secular Public Education". In: [http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/$File/xsmall.pdf?OpenElement).

<sup>730</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>731</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>732</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>733</sup> *Idem, ibidem*.

regla especial que deroga el principio general del artículo 10 del Convenio (...), la Ley danesa sobre las escuelas públicas no exime, en modo alguno, de la obligación de asistir al conjunto de los cursos de educación sexual a los hijos de los padres que tengan una convicción religiosa no conforme con la del legislador. Por tanto, se impone la conclusión de que la Ley danesa, en los límites indicados más arriba, no está en armonía con la segunda frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1.<sup>734</sup>

Sobre el tema, RASHAD<sup>735</sup> dispone, *literis*: "*The Court also noted that the right to education and the limitation on that education being used by the state as a tool of indoctrination was aimed at 'safeguarding the possibility of pluralism in education' and creating the conditions which are necessary for a democratic society to flourish. The Court stressed that the duty on the State to respect the parents' religious and philosophical convictions is one that extends throughout the State educational system. The Court emphasized that the setting and planning of the curriculum falls within the competence of the Contracting States and that there is scope for schools or education authorities to deal with issues of expediency about which the Court would not rule*".

---

<sup>734</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>735</sup> Cfr. Rashad, I. "Religious Liberties in Secular Public Education". In: [http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/$File/xsmall.pdf?OpenElement).

Aunque haya reconocido que pueden ocasionarse excesos en la forma en que una institución académica o un profesor determinados empleen los textos en vigor, y que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres pueden ser contrariadas por "imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo"<sup>736</sup>, el Tribunal de Estrasburgo llegó a la conclusión de que "la legislación impugnada no hiera en sí las convicciones filosóficas y religiosas de los demandantes en la medida prohibida por la segunda frase del artículo 2 del Protocolo, interpretado a la luz de la primera frase y del conjunto del Convenio"<sup>737</sup>.

Finalmente, hay que señalar que el TEDH, bajo nuestro punto de vista, mantuvo una ambigüedad alarmante en su sentencia.

Como hemos visto, el tribunal sentenció que esta educación sexual en las escuelas era un imperativo de salud pública y que si se daba de forma objetiva y neutral no violaba el artículo 2 del protocolo 1.; sin embargo también añadió que los padres siempre podrían acudir a una escuela privada o a la educación por libre *si creían que esta educación sexual violaba sus convicciones religiosas*.

---

<sup>736</sup> Cfr. Fallo del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

<sup>737</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

Hay que preguntarse si el hecho de que reconociera que los padres acudieran a una escuela privada sí creían que sus convicciones estaban siendo lesionadas no fue un *reconocimiento implícito* de su incapacidad de injerencia en el ámbito jurídico nacional de los estados y, consiguientemente, la *reafirmación* de su doctrina del margen de apreciación estatal.

### 3.14. Libertad Religiosa, Patria Potestad y Educación Religiosa de los Hijos

#### 3.14.1. Caso *Lena y Anna Angelini contra Suécia*: Hechos

El caso en análisis es concerniente a la Señora Lena Angeleni, madre atea, que tuvo negada su solicitud para que su hija Anna-Nina fuera liberada de las clases de enseñanza de la Religión en una escuela pública sueca<sup>738</sup> por el consejo escolar (*skolstyrelsen*) en 05 de octubre de 1982<sup>739</sup>.

El Capítulo 5, sección 27 de la Ley sueca por la que se regula la enseñanza de la religión en Suécia (*skollagen*) pone de relieve sobre el tema: "Por medio de requisición de los padres un estudiante puede ser exento de la participación en la enseñanza de la religión *si el individuo es parte de una*

---

<sup>738</sup> En el Anexo IV al final del presente trabajo presentamos un resumen de las características específicas de la enseñanza de religión en las escuelas públicas europeas.

<sup>739</sup> Cfr. Sentencia del caso *Lena y Anna Angelini contra Suécia* de 03-12-1986. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 12 de febrero de 2008, *literis*: "The applicants, Mrs. Lena Angeleni (the first applicant) and her daughter Anna-Nina (the second applicant), are Swedish citizens. They were born in 1951 and 1975 respectively. They reside at Karlstad. (...)The applicants are atheists. They belong neither to the Swedish State Church nor to any other religious congregation. On her daughter's first day at school the first applicant applied for exemption for her daughter from participation in the teaching of religious knowledge."

*comunidad religiosa*, que haya obtenido el permiso del Gobierno para la enseñanza de la religión como un sustituto de la escuela<sup>740</sup>."

Es importante señalar que la demandante, por sus convicciones ateas, no es parte de una comunidad religiosa, no teniendo el derecho conferido por la legislación nacional.

---

<sup>740</sup> Cfr. Sentencia del caso *Lena y Anna Angelini contra Suécia* de 03-12-1986. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 12 de febrero de 2008. *In verbis*: "Upon request from the parents a pupil should be exempted from participation in the teaching of religious knowledge provided that the pupil belongs to a religious community, which has obtained the permission of the Government to arrange for religious education as a substitute for the school."



### **3.14.1.1. El margen de apreciación estatal en la injerencia del Estado sueco al obligar la hija de la demandante a frecuentar clases religiosas**

Lena Angeleni recurrió al Consejo Nacional de Educación (*skolöverstyrelse*) y alegó que la ley sueca violaba los artículos 9 (derecho a la libertad de religión) y 14 (discriminación fundada en la religión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 2 del Protocolo núm. 1 (confiere el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en la educación de sus hijos).

El Consejo Nacional de Educación en 21 de enero de 1983 recusó la apelación de la demandante<sup>741</sup>.

La demandante entonces apeló al Ministro de Educación, que, en 14 de abril de 1983, igualmente desestimó la solicitud<sup>742</sup>.

---

<sup>741</sup> Cfr. Sentencia del caso *Lena y Anna Angelini contra Suécia* de 03-12-1986. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 12 de febrero de 2008, *inter alia*: "In respect of Article 9 the applicants submit that the freedom of thought is violated when the child is obliged to be brought into the Christian way of thinking; since she does not belong to a so-called accepted religious congregation. The freedom of conscience of the parents is violated when they have other life values than Christian ones. The freedom of religion is violated, as the parent is not guaranteed the right to bring up his or her children in an atheistic manner. With reference to Article 14 the applicants submit that the Swedish reservation in respect of Article 2 of Protocol number 1 violates their rights under Article 14".

<sup>742</sup> Cfr. *idem*, *ibidem*.

La *Comisión Europea de Derechos Humanos* (todavía utilizada como "filtro de admisibilidad de los casos" a la época - ver Anexo I sobre el funcionamiento del sistema del Consejo de Europa hasta 1998) juzgó que la demanda no era admisible.

MARTÍN SÁNCHEZ pone de relieve que "la Comisión desestimó la demanda por considerar, en primer lugar, que el artículo 2 del Protocolo Adicional núm. 1 debía ser interpretado de acuerdo con la reserva formulada al mismo por el Gobierno sueco. Según esta reserva, el Gobierno no garantizaba a los padres el derecho a que sus hijos fueran eximidos de la enseñanza religiosa, salvo que pertenecieran a una confesión distinta de la Iglesia Sueca, la cual organizaba para ellos una instrucción religiosa satisfactoria. En virtud de ello, la Comisión consideró que la demandante no podía alegar un derecho, que había sido excluido del artículo 2 del Protocolo Adicional núm. 1 por la citada reserva<sup>743</sup>".

En ese aspecto, hay que estar de acuerdo con la posición del gobierno sueco, pues, conforme el *Derecho Internacional Público*, la reserva a un tratado es un instrumento legítimo para la consecución del margen de apreciación

---

<sup>743</sup> Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 205 y ss.

estatal en la ejecución de un diploma internacional en ámbito interno<sup>744</sup>, aunque, bajo nuestro punto de vista, consideramos que la legislación sueca viola el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pues las *convicciones filosóficas* de la madre no fueron respetadas, ya que solamente estudiantes miembros de una comunidad religiosa pueden ser exentos de la participación en la enseñanza de la religión en Suécia.

Según SILVA, "*na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. (...) a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida*<sup>745</sup>".

---

<sup>744</sup> Cfr. Cassese, A. *International Law*. Oxford University, Oxford, 2004, p. 129; Van Dervort, T. *International Law and Organization*, Sage Publications, London, 1998, p. 87; Carter, B. y Trimble, P.. *International Law*, Aspen Law & Business, New York, 1999, p. 78; Janis, M. y Noyes, J. *Cases and Commentary on International Law*, West Publishing, St. Paul, 1997, p. 193; Slomanson, W. *Fundamental Perspectives on International Law*, West International Law, Wadsworth, 2000, p. 230.

<sup>745</sup> Silva, J. *Curso de Direito constitucional positivo*. 17ªed., Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 251 y ss.

MARTÍN SÁNCHEZ pone de manifiesto, *inter alia*: "En segundo lugar, la Comisión entendió que no se había vulnerado el artículo 9 del Convenio, porque no se había producido un adoctrinamiento, ya que las clases de enseñanza religiosa habían sido impartidas de una manera objetiva y pluralista y no se había obligado a la alumna a participar en ningún acto de culto. Finalmente, a juicio de la Comisión, tampoco cabía hablar de discriminación entre los ateos y los miembros de las confesiones, los cuales sí podían ser eximidos de las clases de religión. La razón era que la legislación sueca, según la cual todo alumno debía tener unos conocimientos en materia religiosa, perseguía una finalidad legítima y, por tanto, la diferencia entre unos y otros alumnos era objetiva y razonable<sup>746</sup>."

---

<sup>746</sup> Martín Sánchez, I. La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 205 y ss. El autor se ha basado en el fallo, que decidió *inter alia*: "*The Commission first observes that the second applicant's freedom of religion, under Article 9 is not restricted by the Swedish reservation concerning parental rights of education under Article 2 of Protocol No. 1. It further observes that the complaints raised by the applicants can in short be said to relate, on the one hand, to the organisation of the instruction of religious knowledge in Sweden and, on the other hand, to protection against religious indoctrination. The first matter falls to be considered under Article 2 of Protocol No. 1 but in this respect the Commission is prevented from examining the applicants' specific complaint as a result of the Swedish reservation. The Commission is of the opinion that Article 9 of the Convention affords protection against indoctrination of religion by the State, be it in education at school or in any other activity for which the State has assumed responsibility. The main issue to be determined in the present case is, accordingly, whether it has been established that the second applicant has been subjected to indoctrination of religion at school which would involve a disrespect for her right to freedom of religion as guaranteed by Article 9 par. 1 of the Convention*". In: Cfr. Sentencia del caso *Lena y Anna Angelini contra Suécia* de 03-12-1986. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 12 de febrero de 2008.

En nuestra opinión, las convicciones filosóficas de los padres pueden ser vulneradas por una supuesta falta de discernimiento o proselitismo extemporáneo de los profesores de la religión suecos, aunque no se haya producido en el caso concreto un adoctrinamiento intencional.

### **3.14.2. Sentencia *Folgero y otros c. Noruega* de 20 de junio de 2007: Hechos**

La presente demanda, análoga al caso *Lena y Anna Angelini contra Suécia* analizado *supra*, fue impetrada por padres miembros de la *Asociación Humanista de Noruega (Human-Etisk Forbund)* y sus hijos, todos estudiantes. Son ellos: Sra. Ingebjørg Folgerø y Sr. Geir Tyberø y su hijo Gaute A. Tyberø; Sra. Gro Larsen, Sr. Arne Nytræ y sus dos hijos Adrian Nytræ y Colin Nytræ y Sra. Carolyn Midsem y su hijo Eivind T. Fosse. *Ab initio*, la *Asociación Humanista de Noruega* era demandante, sin embargo, abandonó el polo activo de la petición inicial subsiguientemente.

Los demandantes ambicionaban la exención de sus hijos de la asignatura Cristiandad, Religión y Filosofía (*kristendomskunnskap med religions- og livssynsorientering*).

El 14 de marzo de 1998, los demandantes impetraron un pedido ante el Ayuntamiento de la ciudad de Oslo (*byrett*) alegando que sus hijos no fueron exentos de la asignatura de *Cristiandad, Religión y Filosofía* tras un requerimiento previo de los padres.

Tras el rechazo del Ayuntamiento, los demandantes, el 6 de octubre de 2000, impetraron demanda en el Tribunal Administrativo de Oslo

(*lagmannsrett*) que mantuvo la decisión del *byrett*. Los padres y la *Asociación Humanista de Noruega* interpusieron recurso ante el Supremo Tribunal de Noruega (*Høyesterett*), que impugnó la demanda arguyendo que la Asociación no tenía *legitimidad activa* concerniente a la petición inicial<sup>747</sup>.

Los demandantes, entonces, acudieron al Tribunal de Estrasburgo arguyendo vulneración de los artículos 9 (derecho a la libertad de religión), 14 (discriminación fundada en la religión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 2 del Protocolo núm. 1 (confiere el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en la educación de sus hijos).

---

<sup>747</sup> Cfr. Sentencia del caso Folguero c. Noruega de 29-06-2007. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 10 de mayo de 2009, *literis*: "In the meantime, on 14 March 1998 the Norwegian Humanist Association, together with eight sets of parents, who were members of the Association and whose children went to primary school, brought proceedings before Oslo City Court (*byrett*) on account of administrative refusals of the parents' applications for full exemption from the teaching of the KRL subject. They claimed that the refusal of full exemption violated the parents' and the children's rights under Article 9 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1, taken on their own or in conjunction with Article 14 of the Convention. By a judgment of 16 April 1999, the City Court rejected the State's objection that the Association lacked a legal interest and hence did not have legal standing. However, on the substantive issues arising the City Court found for the State and rejected the claim. The Association and the parents appealed to the *lagmannsrett*, which by a judgment of 6 October 2000 upheld the City Court's judgment. On a further appeal by the applicants, the Supreme Court (*Høyesterett*), by a judgment of 22 August 2001, unanimously dismissed the appeal in as far as it concerned the Association, on the ground that it lacked a legal interest sufficient to have standing in the case. In as far as it concerned the other appellants, it unanimously rejected their appeal and upheld the High Court's judgment".

#### 3.14.2.1. El caso *Folgero y otros c. Noruega* y el margen de apreciación estatal noruego

Según MARTÍN SÁNCHEZ, "en materia de enseñanza religiosa, la postura mantenida por los órganos judiciales de Estrasburgo puede sintetizarse en dos principios básicos: En primer lugar, el principio general, aplicable por tanto a la enseñanza religiosa, de la prohibición de adoctrinamiento en los centros docentes públicos. En segundo término, y como consecuencia lógica de este principio, el derecho de los alumnos a la exención de las clases en las que se enseñe una religión o convicción en cuanto tales"<sup>748</sup>.

Es importante señalar que, al momento de la redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se quiso introducir una mención explícita a la libertad educativa asociada a la libertad de religión<sup>749</sup>.

Sin embargo, por la oposición de Francia, esta mención aparece recogida en el Protocolo nº1 que incluye una referencia explícita *al derecho de*

---

<sup>748</sup> Martín Sánchez, I. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 205.

<sup>749</sup> Cfr. Rashad, I. "Religious Liberties in Secular Public Education". In: [http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/$File/xsmall.pdf?OpenElement).



*los padres a elegir la educación en función de sus convicciones o creencias religiosas*<sup>750</sup>.

Para muchos<sup>751</sup> este protocolo es una bomba de profundidad sobre la laicidad en los sistemas educativos ya que, en efecto, establece que los Estados deben garantizar el ejercicio de este derecho de elección del tipo de educación, *fundado en motivaciones religiosas*.

Bajo nuestro punto de vista, el Protocolo nº1 no mina los ideales laicos, sino garantiza la pluralidad en la sociedad.

Los jueces ZUPANČIČ y BORREGO BORREGO, en voto particular, consideraron que el Tribunal de Estrasburgo cometió un error al no haber impugnado la demanda *ab initio*, por el hecho de que los demandantes y la *Asociación Humanista de Noruega* impetraron la misma demanda ante el TEDH y ante el *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*<sup>752</sup>, y también por el no agotamiento de las vías de recursos internos<sup>753</sup>.

---

<sup>750</sup> Cfr. Rashad, I. "Religious Liberties in Secular Public Education". In: [http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/$File/xsmall.pdf?OpenElement).

<sup>751</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>752</sup> Bajo nuestro punto de vista, la impetración del mismo caso ante dos instancias internacionales es contraria al Artículo 35 §2 b) del CEDH y a su Artículo 5, §2.

<sup>753</sup> Cfr. Sentencia del caso Folguero c. Noruega de 29-06-2007. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 10 de mayo de 2009, *inter alia*: "As to the scope of the case before the domestic courts, there was a single case: 'The applicants' complaints regarding full exemption from the KRL subject had been adjudicated in a single case together with identical claims from four other sets of parents. Before the Supreme Court and the lower courts, all the plaintiffs had been represented by the same lawyer and had all made identical claims. The lawyer had made one simple presentation on behalf of all

En efecto, no haber sometido el caso a otra instancia internacional de investigación o arreglo constituye uno de los requisitos de admisibilidad de las demandas ante el TEDH<sup>754</sup>.

Según pone de relieve MARTÍN SÁNCHEZ<sup>755</sup>, "la enseñanza de la asignatura Cristianismo, religión y filosofía desde un punto de vista cristiano y, concretamente, desde la óptica de la fe evangélica luterana – junto con la carga que supone los padres el mecanismo de la dispensa parcial – supone una violación del Artículo 2 del Protocol I del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto estas dos circunstancias suponen la inobservancia por el Gobierno de Noruega de velar para que la explicación de esta asignatura fuese difundida de manera objetiva, crítica y pluralista".

El Tribunal de Estrasburgo decidió que hubo violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 que confiere el respeto a las convicciones religiosas y

---

*parties, and no attempts had been made to individualize the cases of the different parties. Accordingly, the claims had been adjudicated as one by the domestic courts, which had passed single judgements in which all the petitioners' claims had been dealt with as a whole" (decision of 14 February 2006). Once the case had been examined by the domestic authorities, it was submitted to the European Court of Human Rights on 15 February 2000. One month and ten days later, the case was submitted to the Human Rights Committee in Geneva. "The complaints made to the respective institutions concerned substantially the same matters (...) The essential parts of their complaints were the same, word by word" (decision of 14 February 2006). In short: seven families, all together in a united group, and a single set of domestic proceedings which resulted in a single judgment by the Supreme Court. Nevertheless, despite having submitted a joint application before the domestic courts, three of these families lodged a petition before the European Court of Human Rights and the four others did the same before the Human Rights Committee in Geneva.*

<sup>754</sup> Cfr. Janis, M, Kay, R. y Bradley, A. *European Human Rights Law (Text and Materials)*, Oxford University Press, London, 2000, p. 30.

<sup>755</sup> *Op. cit.* Martín Sánchez, I., *in persona*.

filosóficas de los padres en la educación de sus hijos (*nueve votos contra ocho*.

Jueces contrarios: WILDHABER, LORENZEN, BÎRSAN, KOVLER, STEINER, BORREGO BORREGO, HAJIYEV y JEBENS).

## CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta la protección normativa y la protección judicial del sistema del Consejo de Europa mencionadas *supra*, la jurisprudencia emanada del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en ejecución del art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y preceptos concordantes, ha contribuido, de manera muy notable, a la determinación del contenido, las manifestaciones legítimas y los límites que presenta la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Se ha llegado así a la conclusión de que, al afectar la libertad religiosa a las más profundas convicciones y creencias humanas, se ha de referir, indistintamente, en su consideración básica o esencial, a creyentes y no creyentes, extendiéndose, tanto al fuero interno de la persona, en cuyo caso la misma se considera irrestricta, como a sus adecuadas formas de expresión, pública y privada.

La doctrina jurisprudencial más minuciosa y exhaustiva, dictada hasta el presente, en lo que a este derecho se refiere, afecta a su vertiente o dimensión religiosa, dada su mayor proyección pública, que provoca una más frecuente litigiosidad.

Por tanto, los poderes públicos habrán de reconocer el derecho a exteriorizar tales creencias o convicciones, a través de vías legítimas, a título personal o asociadamente, brindando, en este último caso, de requerírseles, a ese fin, el correspondiente reconocimiento jurídico, tanto de su autonomía interna, como de su capacidad de libre actuación, en el marco del ordenamiento estatal vigente.

En ese contexto, es importante señalar que algunas prerrogativas fundamentales no son consideradas absolutas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH, como algunos de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos - CEDH y sus Protocolos adicionales, pues pueden ser configurados por otros límites además de aquellos expresamente reconocidos en la literalidad del precepto que los contienen.

El precepto legal que corrobora y confiere legitimidad a la injerencia estatal – plasmada en la doctrina del margen de apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – es efectivamente el artículo 15 del Convenio Europeo, que ampara la ponderación estatal entre los derechos humanos protegidos por el sistema del Consejo de Europa y otra prerrogativa o bien jurídico con el que pudiera colisionar.

Es importante expresar *ab initio* que todas las críticas *infra* contenidas llevan en consideración la importancia intrínseca y el importante papel

desarrollado por el Tribunal de Estrasburgo, su Convenio y la jurisprudencia del Tribunal en su tarea exegética para la promoción de la democracia en el ámbito europeo, del pluralismo, de la tolerancia y del espíritu de apertura, que también son pilares esenciales de la sociedad democrática.

Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo concerniente a la libertad religiosa, hemos podido extraer algunos razonamientos que pueden ser imprescindibles para las conclusiones del presente trabajo.

En primer lugar, es importante formalizar un análisis crítico relativo a la redacción del artículo 15 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*:

I. Crítica al artículo 15 del CEDH y a la doctrina del margen de apreciación del TEDH plasmada en el dicho artículo.

- "Artículo 15. *Derogación en caso de estado de urgencia. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio(...)*".

El artículo 15, *caput*, del CEDH confiere un ámbito muy extenso – y peligroso – relativo al margen de apreciación de los Estados.

El *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, la Comisión de Derecho Internacional, y la propia jurisprudencia proveniente de las cortes de los *sistemas regionales de protección de los derechos fundamentales* (europeo y americano) deben centrarse en definir mejor el concepto de "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación", que se ha utilizado de manera flexible en muchas ocasiones, basado en la doctrina del margen de apreciación.

En efecto, la comunidad internacional no puede actuar de forma contraproducente respecto a la forma en que se utilizan los conceptos de *peligro para la vida de la nación* en normas jurídicas internacionales.

De hecho, es un *interés general* saber hasta qué punto la situación de un país requiere la adopción de medidas de excepción, la derogación/limitación de derechos fundamentales y la compatibilidad con las obligaciones que impone el Derecho Internacional Público.

Consiguientemente, la derogación/limitación de derechos debe ser efectuada en la estricta medida que la situación lo exige, las medidas no pueden en ningún caso ser contrarias a otras obligaciones del Estado conforme al Derecho Internacional Público.

La declaración de emergencia no constituye una autorización genérica y generosa a los Estados para que incumplan cuando quieran y como quieran las obligaciones internacionalmente asumidas. Sino, por el contrario, resulta un mecanismo excepcional, cargado de requisitos formales y sustanciales, pensado para limitar y no para ampliar las practicas abusivas llevadas a cabo con anterioridad por los gobiernos.

El concepto de situación de excepción se ha utilizado - o se ha abusado de él - por gobernantes sin escrúpulos cuando sentían que el poder se les iba de las manos.

Indudablemente, en muchas ocasiones el *estado de excepción* (basado en la doctrina del margen de apreciación) fue establecido para que el gobernante pudiera hacerse con el poder absoluto. De hecho, varios países de América Latina, cuyas democracias son recientes, han vivido o viven en un permanente estado de excepción.

España, v.g., firmó el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* el 24 de noviembre de 1977, recuérdese, muy poco después de las primeras elecciones democráticas, con escasa andadura todavía el primer gobierno de responsabilidad parlamentaria.



De hecho, es importante señalar que la *doctrina del margen de apreciación* del Tribunal de Estrasburgo y la autorización de restricción de derechos y garantías que contienen los tratados internacionales no constituyen un cheque en blanco para que los Estados violen los mismos, sino, por el contrario, es una suerte de comprensión por parte de la comunidad internacional, de la situación excepcional por la que atraviesa y de la necesidad que tiene de volver a la normalidad institucional. Por ello, el Estado debe mostrar una conducta dirigida a cumplir y respetar los derechos reconocidos en los diplomas internacionales de derechos humanos.

- "Artículo 15. (cont.) en la medida estricta en lo que exija la situación, y *supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional (...)*".

En nuestra opinión, concluimos que el susodicho artículo está en contradicción con obligaciones que dimanen del Derecho Internacional Público, siendo incluso contrario al compromiso asumido en el Artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas de tomar medidas conjunta o separadamente, insistiendo particularmente en el desarrollo de una cooperación internacional eficaz para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55,

incluidos *el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales erga omnes*, siendo responsabilidad de todos los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, fomentar y propiciar el *respeto de todos los derechos humanos* y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción alguna.

La *supresión y restricción* de derechos fundamentales son contrarias a la aspiración de todos los pueblos a un orden internacional basado en los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y el respeto del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, imperio de la ley, pluralismo, desarrollo, niveles de vida más elevados y solidaridad.

Con la realización del presente trabajo podemos inferir que los derechos fundamentales son las prerrogativas que tienen todas las personas, en virtud de su humanidad común, a vivir una vida de libertad y dignidad. Otorgan a todas las personas la posibilidad de presentar reivindicaciones morales que limiten la conducta de los agentes individuales y colectivos y el diseño de los acuerdos sociales. Los derechos humanos expresan nuestro profundo compromiso de que

se garantice que todas las personas puedan disfrutar de los bienes y libertades necesarios para una vida digna.

- "Artículo 15, §2. - La disposición precedente *no autoriza ninguna derogación al artículo 2*, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra, y *a los artículos 3,4 (párrafo 1) y 7. 3 (...)*".

Además, la lista de derechos de naturaleza absoluta contenida en el artículo 15 del Convenio Europeo debería ser revisada y ampliada, o sea, la disposición de dicho artículo del Convenio Europeo de Derechos Humanos puede ampliarse de modo que incluya otros derechos.

En efecto, me preocupa, como futuro activista de derechos humanos, saber que, en el *Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, prerrogativas como las garantizadas en el Artículo 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar), *Artículo 9 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión)*, Artículo 10 (*Libertad de expresión*), Artículo 11 (*Libertad de reunión y de asociación*), Artículo 12 (*derecho a casarse y a fundar una familia*), Artículo 13 (*Derecho a un recurso efectivo*), Artículo 14 (*Prohibición de discriminación*) puedan ser derogadas/limitadas bajo un amplio margen de discreción estatal.

Bajo nuestro punto de vista, aunque haya interés público en "prevenir el desorden", la injerencia en prerrogativas fundamentales como, por ejemplo, el derecho al respeto a la vida privada, debe estar ampliamente basada en hechos concretos, que hayan sido alvo de investigación judicial, siendo el derecho de defensa amplia garantizado en todas las fases del procedimiento de averiguación estatal.

Al fin y al cabo, en nuestra opinión, los derechos fundamentales sirven para proteger el ser humano contra el poder del Estado. Solamente quien fue víctima de una dictadura o de persecución por agentes que trabajan para el gobierno sabe lo que significa la supresión de derechos humanos perpetrada por agentes estatales. Solamente quien sufrió persecución en su propio país sabe lo difícil que es proteger su vida privada en ámbito nacional.

Sufrir persecución estatal por el color de su piel, por una opinión política, por su religión y creencias, por cosas intrínsecas, innatas o incluso congénitas al individuo es deshumano, cruel, cobarde, para no mencionar otros adjetivos más contundentes.

Creemos que el ser humano es el actor más importante – y frágil – de la comunidad internacional, y debe ser protegido por su fragilidad intrínseca. Los intereses estatales son importantes efectivamente, sin embargo el individuo no puede jamás ser olvidado en ese contexto. El margen de apreciación debería ser

concedido a los estados en ocasiones y situaciones más que excepcionales de *ultima ratio*. Los derechos y prerrogativas fundamentales deben ser la regla siempre.

II. El Artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debería ser considerado un posible ejemplo para el sistema del Consejo de Europa.

Como hemos visto, dicho artículo *impide* la *suspensión o restricción* de las siguientes prerrogativas: al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y de retroactividad; *la libertad de conciencia y de religión*; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos, y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos fundamentales.

III. Concluimos, además, que la libertad religiosa es una prerrogativa fundamental *universal, indivisible e interdependiente* que corresponde a todas las personas, y todas las personas tienen igual condición con respecto a su protección.

La falta de respeto del derecho humano de un individuo tiene el mismo peso que la falta de respeto de cualquier otro, y no es ni mejor ni peor según el género, la raza, el origen étnico, la nacionalidad o cualquier otra distinción. Como libertad individual y como derecho fundamental, la libertad religiosa tiene la característica de creación en el ser humano la potestad de establecer parte de la identidad cultural que manifiesta en sociedad.

Esta libertad conlleva elementos tales como la adopción de una creencia, el derecho de permanecer en ella, de convertirse y de manifestarla públicamente, solo con los límites de ley, lo cual hace que pueda ejercerla con plena libertad de conciencia y de acto. Sin embargo plantea problemas, frente a otros derechos tales como la libertad de expresión.

La libertad religiosa y los demás derechos humanos son inalienables: no se puede ser despojado de ellos por otros, ni se puede renunciar a ellos voluntariamente.

Asimismo, podemos concluir que la libertad religiosa y los derechos humanos son indivisibles en dos sentidos: en primer lugar, no hay una jerarquía entre diferentes tipos de derechos. Los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son todos igualmente necesarios para una vida digna. En segundo lugar, no se pueden reprimir algunos derechos para promover otros. No se pueden conculcar los derechos civiles y políticos para promover los

derechos económicos y sociales, ni se pueden conculcar los derechos económicos y sociales para promover los derechos civiles y políticos.

Se puede decir, además, que la libertad religiosa y los derechos fundamentales son interdependientes por lo que no debemos establecer ningún tipo de jerarquía entre ellos y mucho menos creer que unos son más importantes que otros. Es difícil pensar en tener una vida digna si no disfrutamos de todos los derechos.

IV. Respecto del tema del margen de apreciación estatal en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es importante la adopción – y efectividad – del Protocolo 14 de 2004 como parte del esfuerzo para mejorar el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, garantizando más poder al Comité de Ministros que vela por el cumplimiento de los fallos del Tribunal de Estrasburgo en los ordenamientos internos.

De hecho, el Protocolo 14 se presenta efectivamente como una solución que incorpora propuestas de reforma del TEDH e del CEDH, garantizando un mejor cumplimiento del Convenio por los Estados miembros y medidas correctivas nacionales efectivas para posibles violaciones del CEDH.

V. Respecto del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo concerniente a la doctrina del margen de apreciación en casos de libertad religiosa, es significativo poner de manifiesto que por muchas veces el TEDH ha fallado de forma ambigua, confusa, protegiendo su ideológica doctrina del margen de apreciación y la primacía de los intereses colectivos, defendiendo la derogación/mitigación de determinados derechos fundamentales que, bajo nuestro punto de vista, son absolutos.

Es importante señalar que el Tribunal no suele pronunciarse sobre el modelo de las relaciones iglesia-estado en los Estados miembros de la Convención y en general, en sus decisiones, cuando se ha pronunciado en asuntos que tienen que ver con una reglas generales de, por ejemplo, un sistema educativo que puede entrar en contradicción con ciertas prácticas religiosas, suele pronunciarse a favor de esas reglas generales.

En ese contexto, es significativo apuntar que la doctrina del margen de apreciación es una regla general del TEDH, aunque sus decisiones esporádicamente se dirijan a proteger la conciencia de las personas *contra la intromisión de los poderes públicos o de los particulares* (en los casos de proselitismo agresivo).

Concluimos que el TEDH ha reconocido en algunas decisiones, como hemos visto *supra*, algunas obligaciones de los Estados para garantizar



prácticas religiosas y también se ha pronunciado en favor del derecho a la educación en contra de convicciones religiosas (por ejemplo a favor de la educación sexual en las escuelas como imperativo de salud pública, rechazando la prerrogativa a no asistir a clase por motivos religiosos o filosóficos, considerando el derecho a la educación parte de los derechos fundamentales que el Estado debe garantizar, debiendo ser protegido y que en ocasiones puede conllevar restricciones en ciertas manifestaciones de la libertad religiosa).

También se ha pronunciado a favor del pluralismo religioso frente a restricciones abusivas. El Tribunal ha considerado que la enseñanza de la religión puede realizarse desde una perspectiva neutral, prevaleciendo, v.g., en Suécia los valores confesionales frente a convicciones filosóficas.

En la mayoría de los casos examinados, el Tribunal se pronuncia por restringir las convicciones particulares para garantizar las normas generales de una sociedad, objetivando proteger y garantizar el *interés general*.

Nuestra crítica es concerniente al hecho de que, para se garantizar una sociedad democrática plural, parafraseando Sri Aurobindo, no hace falta que el individuo "*se subordine a la colectividad o se disuelva en ella, porque es por medio de los individuos que la colectividad progresa y ellos pueden realmente avanzar si son libres*".

En Brasil, nación laica, por ejemplo, niñas musulmanas llevan sus velos, sus *hijabs*, en las clases de educación física y deportiva, y desconocemos demandas en ámbito nacional para que quiten sus foulards islámicos. Judíos, con sus *kippas*, conviven pacíficamente con árabes y palestinas que llevan *hijabs*. En nuestra opinión, el sencillo hecho de llevar un símbolo, que es tan solamente un símbolo, no pone en riesgo la democracia.

No obstante el Tribunal de Estrasburgo haya decidido que en una sociedad democrática, donde muchas religiones cohabitan, puede ser forzoso que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión sufra limitaciones "derivadas de la necesidad de conciliar los intereses de diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de todos"<sup>756</sup>, entendemos que la tolerancia y el respeto a las diferencias son los fundamentos de una sociedad verdaderamente democrática.

VI. La promoción y protección de todos los derechos humanos, sin excepción, debe ser una preocupación legítima de la comunidad internacional.

---

<sup>756</sup> Cfr. Sentencia del caso *Kokkinakis contra Grecia* de 25-5-1993. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINAKIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINAKIS.doc). Acceso en: 05 de mayo de 2009.

En efecto, el párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena<sup>757</sup>, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 reza que “todos los derechos humanos son *universales, indivisibles e interdependientes* y están relacionados entre sí”.

La expresión plasmada en el instrumento *supra* “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos” no legitima la doctrina del margen de apreciación estatal del Tribunal de Estrasburgo, tampoco es una invitación para la mitigación o supresión de derechos fundamentales. Es exclusivamente un reconocimiento de las diferencias entre los pueblos y sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Esta claro que el dispositivo menciona el *deber* de los Estados de promover y proteger *todos* los derechos humanos y las libertades fundamentales.

VII. Debe insistirse especialmente en las medidas para ayudar a establecer y fortalecer las instituciones que se ocupan de derechos humanos, afianzar una sociedad civil pluralista y proteger a los grupos que han pasado a ser

---

<sup>757</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993.

vulnerables. Igualmente importante es la asistencia que debe prestarse para la consolidación del imperio de la ley, la administración de justicia y la promoción de las libertades individuales, así como para lograr la participación real y efectiva de la población en los procesos de adopción de decisiones.

VIII. Los gobiernos deben ser instados a que incorporen en su legislación nacional las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y a que refuercen los órganos de la sociedad, las estructuras y las instituciones nacionales que desempeñan una función en la promoción y salvaguardia de los derechos humanos.

IX. Conjuntamente, debe ser intensificada la cooperación entre las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, en particular a través del intercambio de información y de experiencias, así como la cooperación con las organizaciones regionales y las Naciones Unidas.

X. Concluyese, finalmente, que el tema se presta a múltiples interpretaciones, siendo uno de los retos concernientes al Derecho Internacional Público y un reto para todos los sistemas regionales de protección de los

derechos humanos y para las Naciones Unidas en el siglo XXI. Las naciones, los autores, los abogados internacionales, la sociedad civil, los organismos internacionales, las Organizaciones No Gubernamentales – ONGs, no deben dudar en profundizar en él.

## BIBLIOGRAFÍA

AFONSO SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.

AGUIRREGOMEZCORTA, Marta. "Cuatro credos en la escuela pública". El País | Educación - 15-11-2004. Disponible en: <[http://www.forumeducacio.org/articles/cuatro\\_credos\\_en\\_la\\_escuela\\_publica .htm](http://www.forumeducacio.org/articles/cuatro_credos_en_la_escuela_publica.htm)>. Acceso en: 14 de febrero de 2009.

ALENDASALINAS, Manuel. *Libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales*. En AAVV (J. Soroeta Liceras, ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Bilbao, 2003.

ALENDASALINAS, Manuel y PINEDAMARCOS, Matilde. *La manifestación de religiosidad como motivo de conflictividad. Una breve incursión por el panorama judicial español y europeo a propósito de la simbología*. Cuadernos de Integración Europea #7 - Diciembre 2006.

ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando. *La Construcción del Derecho de Propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. In: <[www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/FernandoAlvarez.pdf](http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/FernandoAlvarez.pdf)>.

ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, José y CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil. *Fragmentación o consolidación de la protección de los Derechos fundamentales: el papel de los tribunales europeos*. In: <<http://www.fride.org/File/ViewLinkFile.aspx?FileId=481>>.

ARAI, Yutaka. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp. New York: Intersentia, 2002.

ARAI, Yutaka [et al.]. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* / editors Pieter van Dijk [et al.]. 4th ed. - Antwerpen; Oxford: Intersentia, 2006.

ATIENZA, Manuel. "Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión". In: [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=389&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=389&seccion_ver=0).

AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, Antônio. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, 2 ts., Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, Antônio y VENTURA ROBLES, Manuel E. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte IDH/ ACNUR, 2004. 2ª. ed., atualizada e ampliada.

AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, Antônio. *The Operation of the Inter-American Court of Human Rights*. In: HARRIS, David J; LIVINGSTONE, Stephen (Org.). *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1998.

AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, Antônio. *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.



AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, Antônio. *Medio Ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como derecho humano*", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1993.

BARBIER, Maurice. *La laïcité*. Paris: L'Harmattan, 1995.

BERNAL, Salvador. "La objeción de conciencia, entre la norma y el deber moral". In: <http://www.notivida.com.ar/Articulos/Objecion%20de%20conciencia/Objecion%20de%20conciencia.html>.

BLANCARTE, Roberto. "Libertad religiosa y libertades laicas". In: <http://centauro.cmq.edu.mx/dav/libela/pdfS/reflexcrit/080110077.pdf>.

BLAY, Guillermo. "Libertad de expresión. Cambio jurisprudencial: Paturel vs. Francia". In: <http://www.legaltoday.com/index.php/practica-juridica/civil/intimidad/libertad-de-expresion-cambio-jurisprudencial-paturel-v-francia>.

BOYLE K. y SHEEN, J. (ed.), *Freedom of Religion and Belief - a World Report*. London: routledge, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas, SHELTON, Dinah and STEWART, David P. *International Human Rights in a Nutshell* (3rd Edition) (Nutshell Series). West Group Publishing Co 2nd Reprint, 2004.

BUESA, Jose. "La Libertad de Reunión en el Derecho Español". In: <http://html.rincondelvago.com/libertad-de-reunion.html>.

CAMERON, Iain. *National Security and the European Convention on Human Rights. National Security and the European Convention on Human Rights*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.

CARTER, Barry y TRIMBLE, Phillip. *International Law*, New York: Aspen Law & Business, 1999.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University, 2004.

CASTRO MAYER, Antônio. "O conceito de Liberdade Religiosa na *Dignitatis Humanae* do Concílio Vaticano II". In: <<http://www.permanencia.org.br/revista/politica/castromayer.htm>>.

CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael. (org.). *Estudios Básicos de Derechos Humanos Internacionales*. San José da Costa Rica, IIDH, 2004, pp. 23 y ss.

CERNA, Christina. *The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications*. In: HARRIS, David J; LIVINGSTONE, Stephen (Org.). *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1998.

CHAUVIN, N. *Le port du foulard islamique par une enseignante*, en *Revue française de Droit administratif*, 3 (mai-juin 2003).

Comité de Derechos Humanos. "Acta resumida de la primera parte (pública) de la 1797ª sesión del Comité de Derechos Humanos sobre el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos (29 de octubre de 1999). CCPR/C/SR.1797".  
(*Summary Record*).

Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Disponible en:  
<<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>

Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización". Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N 4. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1984.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: "La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N 6. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1986.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: "La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N 6. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1986.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: "El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N 8. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Garantías judiciales en estado de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N 9. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1987.

DE CARVALHO RAMOS, André. *Proteção Internacional de Direitos Humanos – Análise dos sistemas de apurações de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993.

Declaración de Durban: Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Celebrada en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Disponible en: <[http://www.conapred.org.mx/Marco/Convenios/37-Declaracion\\_y\\_Programa\\_de\\_Accion\\_de\\_Durban.html](http://www.conapred.org.mx/Marco/Convenios/37-Declaracion_y_Programa_de_Accion_de_Durban.html)>.

DELMAS-MARTY, Mireille. *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*. Translated by Christine Chodkiewicz. Martinus Nijhoff Publishers: Paris, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit*

*común en gestation, In: Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires: París, 2001.*

Diccionario filosófico de Voltaire. Texto integral disponible en:  
<[http://www.ciudadseva.com/textos/otros/voltaire/d iccfilo/indice.htm](http://www.ciudadseva.com/textos/otros/voltaire/d_iccfilo/indice.htm)>.

*Direitos humanos: conquistas e desafios.* Coordenação Reginaldo Oscar de Castro. Brasília: Letraviva, 1999.

Documentación de las Naciones Unidas. Guia de Investigación de la Biblioteca Dag Hammarskjöld de las Naciones Unidas). Disponible em:  
<[www.un.org/depts/dhl/spanish/resguids/specilsp.htm](http://www.un.org/depts/dhl/spanish/resguids/specilsp.htm)>. Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

*Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts.*  
Disponible en: <[www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf](http://www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf)>.

DUCOULOMBIER, Peggy. *Article 1 protocole 1 - Protection de la propriété*. In<[http://leurope.deslibertes.ustrasbg.fr/article.php?id\\_article=112&id\\_rubrique](http://leurope.deslibertes.ustrasbg.fr/article.php?id_article=112&id_rubrique)>.

DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

EDUARDO MENDES MACHADO, Jónatas. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ESKRIDGE, William. y HUNTER, Nan. *Sexuality, Gender and the Law*. Westbury: The Foundation Press, 1997.

ESTEBAN GARCÉS, Carlos. "La asignatura de Religión en países europeos", in: <<http://d.scribd.com/docs/yc8nvji0nlkqbp48czk.pdf>>. Acceso en: 14 de febrero de 2009.



FERREIRO GALGUERA, J. "Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia de Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, 2006.

GARCÍA AÑÓN, José. *Identidad y diferencias dentro de un marco común: diversidad y conflictos culturales desde el liberalismo de John Stuart Mill*  
Disponible en: [http://www.humanrights-observatory.net/ulisses/declaracion\\_angles/anon.pdf](http://www.humanrights-observatory.net/ulisses/declaracion_angles/anon.pdf). Acceso en: 11 de abril de 2008.

GONZALEZ VOLIO, Lorena: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en: "XXVIIIème Session d'Enseignement: Recueil des Cours, textes et sommaires / Collection of Lectures, Texts and Summaries"; Ed. Institut International des Droits De l'Homme, Strasbourg, France, 1997.

HAMMER, Leonard. *A Foucauldian Approach to International Law: Descriptive Thoughts for Normative Issues*. Ashgate Publishing, Ltd., 2007.

HART, Jeffrey. "Adam and Eve, not Adam and Henry". In: Robert M. Baird & Stuart E. Rosenbaum. (Eds.): *Same Sex Marriage: The Moral and Legal Debate*. 2nd. ed. Amherst: Prometheus Books, 2004.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Nova Cultura, 1998.

Informe del Relator Especial del Alto Comisariato de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Paul Hunt (*The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*). Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/pdf/chr60/49AV.pdf>>. Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

*International Covenant on Civil and Political Rights* (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

Intervención de la Santa Sede en la 58ª Sesión de la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre. 12 de

Abril de 2002. Disponible en: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/documents/rc\\_seg-st\\_doc\\_20020412\\_martin-human-rights\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_doc_20020412_martin-human-rights_po.html)>.

Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979. Disponible en: [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex &id=1979/29491](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex &id=1979/29491).

IZQUIERDO SANS, Cristina. *El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STS, 1.a, del 20 de noviembre de 1996*. In: Derecho Privado y Constitución. Núm 11. Enero-Diciembre 1997.

JACKSON, Donald. *The United Kingdom Confronts the European Convention on Human Rights: A Liberal State Confronts the European Convention on Human Rights*. University Press of Florida, 1997.

JACOBS, Francis J. y WHITE, Robin C. A. *The European Convention on Human Rights*. Second Edition. Claredon Paperback, 1996.

JANIS, Mark y NOYES, John. *Cases and Commentary on International Law*, St.Paul: West Publishing, 1997.

JANIS, Mark, KAY, Richards y BRADLEY, Anthony. *European Human Rights Law (Text and Materials)*. Oxford University Press, London, 2000.

JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, Miguel Angel; CAÑAMARES ARRIBAS, SANTIAGO. "La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgero v. Noruega", Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, nº 15, octubre 2007, In: [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

KAPLAN, Morris B. *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*. Routledge: New York, 1997.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2005.

LETSAS, George. *Two Concepts of the Margin of Appreciation*. In: <<http://ojls.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/26/4/705>>.

LINERA, Miguel. "Los derechos de las personas en su dimensión social". In: [http://ocw.uniovi.es/file.php/547/1C\\_C13796\\_A/LECCION\\_5.pdf](http://ocw.uniovi.es/file.php/547/1C_C13796_A/LECCION_5.pdf).

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, Petrópolis: Vozes, 1983.

LOCKE, John. *A letter concerning toleration*. Latin and English texts revised and edited with variants and an introduction by Mario Montuori.: The Hague: M. Nijhoff, 1963.

MALANCZUK, Peter. Akehurst's *Modern Introduction to International Law*, Seventh Revised Edition. London: Routledge, 1997.

MARÍA PORRAS RAMIREZ, José. *La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el tratado contitucional europeo*. Disponible en: (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/10porras.htm>). Acceso: 20 de enero de 2008.

MARTIN, Claudia. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia*. In: MARTIN, Claudia, et al (org.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara / Universidad Iberoamericana / Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University, 2004.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos". *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 1986, pp. 403 y ss.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. "Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 11, mayo, 2006, In: [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Sacrificios Rituales de Animales, Autorización Administrativa y Libertad Religiosa*. Proyecto BJU 2001-1929, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, sobre Garantía y protección de los ciudadanos. 29 de marzo de 2003.

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. *La recepción por el tribunal constitucional español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Colección religión derecho y sociedad. Editorial Comares: Granada, 2002.

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. (coordinador) y otros, *Curso de Derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, 1997

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan. (Coords.): *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española (2006) Madrid.

MEYER, Jean. "Del antijudaísmo al genocidio". In:  
[http://www.istor.cide.edu/archivos/num\\_5/coincidencias%20y%20divergencias.pdf](http://www.istor.cide.edu/archivos/num_5/coincidencias%20y%20divergencias.pdf).

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario: Batoche Books, 2001.

NAVARRO FLORIA, Juan. "Objeción de Conciencia en la Argentina". In:  
Martín Sánchez, I., y Navarro Floria, J. (Coords.): La libertad religiosa en  
España y Argentina, Fundación Universitaria Española (2006) Madrid, pp. 314  
y ss.

NAVARRO-VALLS, Rafael. "Religión y objeción de conciencia". In:  
<<http://www.conoze.com/doc.php?doc=5395>>.

NAVARRO-VALLS, Rafael. "La objeción de conciencia, derecho  
fundamental". In: <<http://www.alfayomega.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2001/jul2001/num268/enport/enport05.htm>>.



NAVARRO-VALLS, Rafael. Del Poder y de la gloria. 1. ed., Encuentro, Madrid, 2004, p. 157

NAVARRO-VALLS, Rafael. "Convicciones religiosas y libertad de expresión".  
In: <http://www.conoze.com/doc.php?doc=7566>.

Observación general nº 29 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Estados de emergencia - CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 - 31 de agosto de 2001. Disponible en: [www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch).

PATRÍCIO CAVALCANTI, Andrew. "Derechos Humanos y libertad Religiosa – El caso de la prohibición del uso del hijab por las musulmanas extranjeras en las escuelas publicas francesas: ¿Evidente violación a las Normas de Derechos Humanos o mera consecución de los principios legales de la reciprocidad e igualdad?". In: Portal jurídico *jus navigandi*: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6036>.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

RASHAD, Ibadov. "Religious Liberties in Secular Public Education". In: [http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/884053AC3DEDB166C125718600671AC9/$File/xsmall.pdf?OpenElement). Acesso em: 12 de febrero de 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Tradução e Prefácios do prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armânio Amado Editor, 1979.

RAFAEL VALLENAS GAONA, Jesús. *Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano*. In: <http://www.uv.es/~ripj/4raf.htm>.

RAUPP RIOS, Roger. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*. São Paulo: RT, 2002.

RELAÑO PASTOR y A. GARAY, “Leyla Sahin contra Turquía y el velo islámico: la apuesta equivocada del TEDH. STEDH de 10 de noviembre de 2005”, en *Revista Europea de derechos fundamentales*, 6 (2005).

RENÉ DUPUY, Jean. *Manuel sur les organisations internationales*. 2nd ed. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

ROAN, Michael., YOUNG, Laura., RUDELIUS-PALMER, Kristi. y WEISSBRODT, David. "Guía de Estudio: Libertad de Religión o Creencia". In: <[http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/Sreligion.html# copy](http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/Sreligion.html#copy)>.

ROLLAND, Paul.: *L'arrêt Cha'are Shalom Ve Tsedek vs. France du 27 juin 2000, CREDHO: La France et la Cour EDH. Jurisprudence de l'année 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp.61 y ss.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía Internacional de los Derechos*. Disponible en: <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/alejandrosaiz.pdf>>.

SAN MARTÍN SEGURA, David. *La «ecologización» de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. In: <[www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/sanmartin.pdf](http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/sanmartin.pdf)>.

SCALABRINO, Michelangela. *International Code on Religious Freedom*, Peeters Publishers, 2003. (Preface).

SCOLNICOV, Anat. *Children's Right to Freedom of Religion in a Multi-Religious Society*. Paper presented at The 2001 Conference in London. Disponible en: <[www.cesnur.org](http://www.cesnur.org)>. Acceso en: 10 de abril de 2008.

SHELTON, D. y KISS, A., *A draft model law on freedom of religion, with commentary*. In: J. van der Vyver and J. Witte Jr. (ed.) *Religious human rights in global perspective* (Nijhoff, The Hague, 1996).

SENTENCIA del caso *Chaare Shalom ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CHAARE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CHAARE.doc). Acceso en: 20 de febrero de 2008.

SENTENCIA del caso *Otto Preminger-Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_OTTO\\_PREMINGER.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_OTTO_PREMINGER.doc). Acceso en: 25 de febrero de 2008.

SENTENCIA del caso *Leyla Sahin contra Turquía*. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_LEYLA.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_LEYLA.rtf). Acceso en: 25 de febrero de 2008.

SENTENCIA del caso *Karaduman contra Turquía* de 3 de mayo de 1993. Disponible en: Disponible en: <http://www.echr.coe.int/search.asp>. Acceso en: 26 de febrero de 2008.

SENTENCIA del caso *Handyside contra el Reino Unido*. SENTENCIA de 7-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_HANDYSIDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_HANDYSIDE.doc). Acceso en: 25 de febrero de 2008.

SENTENCIA del caso *Plattform Ärzte für das Leben contra Austria* de 21-6-1988. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_PLATTFORM.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_PLATTFORM.doc). Acceso en: 17 de noviembre de 2008.

SENTENCIA del caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

SENTENCIA del caso *Wingrove contra Reino Unido* de 25-11-1996. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_1996\\_62.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_1996_62.doc). Acceso en: 11 de enero de 2009.

SENTENCIA del caso *Paturel contra Francia* de 22-10-2005. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH\\_2005\\_134.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/mat-docencia/eclesia/TEDH_2005_134.rtf). Acceso en: 15 de enero de 2009.

SENTENCIA del caso *Tynnelly contra Reino Unido* de 10-7-1998. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_TYNNELY.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_TYNNELY.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

SENTENCIA del caso *Smith y Grady contra Reino Unido* de 27-9-1999.

Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_SMITH.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_SMITH.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

SENTENCIA del caso *Los Santos Monasterios contra Grecia* de 09-12-1994.

Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO\\_SANTOS\\_LUGARES.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/CASO_SANTOS_LUGARES.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

SENTENCIA del caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra el Reino Unido* de 07-12-1976. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KJELDE.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KJELDE.doc). Acceso en: 10 de febrero de 2009.

SENTENCIA del caso *Lena y Anna Angelini contra Suécia* de 03-12-1986.

Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 12 de febrero de 2008.

SENTENCIA del caso *Kervanci contra Francia* de 04-12-2008. Disponible en: <http://www.droitpublic.net/spip.php?article2524>. Acceso en: 05 de mayo de 2009.

SENTENCIA del caso *Campbell y Cosan contra el Reino Unido* de 25-02-1982. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_CAMPBELL.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_CAMPBELL.doc). Acceso en: 05 de mayo de 2009.

SENTENCIA del caso *Kokkinakis contra Grecia* de 25-5-1993. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso\\_KOKKINA KIS.doc](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/caso_KOKKINA KIS.doc). Acceso en: 05 de mayo de 2009.

SENTENCIA del caso *Buscarini y otros c. San Marino* de 18-02-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objeción\\_conciencia/juramento/buscari.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objeción_conciencia/juramento/buscari.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

SENTENCIA del caso *de la Iglesia de la Cienciología c. Moscú* de 05-04-2007. Disponible en: [http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc\\_id=3230532](http://www.docstoc.com/docs/DownloadDoc.aspx?doc_id=3230532). Acceso en: 10 de mayo de 2009.



SENTENCIA del caso *Serif c. Grecia* de 14-12-1999. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad\\_religiosa/manifestacion/seriff.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/libertad_religiosa/manifestacion/seriff.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

SENTENCIA del caso *Efstratiou contra Grecia* de 27-11-1996. Disponible en: [http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion\\_conciencia/desfiles/stratiou-trad.pdf](http://www.imdee.com/images/pdf/jurisprudencia/europeo/tedh/objecion_conciencia/desfiles/stratiou-trad.pdf). Acceso en: 10 de mayo de 2009.

SENTENCIA del caso *Folguero c. Noruega* de 29-06-2007. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 10 de mayo de 2009.

SENTENCIA del caso *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía* de 09-10-2007. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Acceso en: 10 de mayo de 2009.

SLOMANSON, William. *Fundamental Perspectives on International Law*. Wadsworth: West International Law, 2000.

TERESA COMPTE GRAU, Maria. *Libertad Religiosa y bien comum*. In: <[http://leonxiii.upsam.net/seminarios/05\\_seminario/05\\_sem\\_maria\\_teresa\\_compte.pdf](http://leonxiii.upsam.net/seminarios/05_seminario/05_sem_maria_teresa_compte.pdf)>. Acceso en: 20 de agosto de 2007.

TORRES, Amaya. "Strasbourg Court Jurisprudence and Human Rights in France: An Overview of Litigation, Implementation and Domestic Reform". In: <http://www.juristras.eliamep.gr/wp-content/uploads/2008/09/france.pdf>.

WILDHABER, Luzius. President of the European Court of Human Rights. *Balancing necessity and Human Rights in response to terrorism*. In: <[http://www.coe.int/T/E/Com/Files/MinisterialConferences/2002judicial/Disc\\_Wildhaber.asp](http://www.coe.int/T/E/Com/Files/MinisterialConferences/2002judicial/Disc_Wildhaber.asp)>.

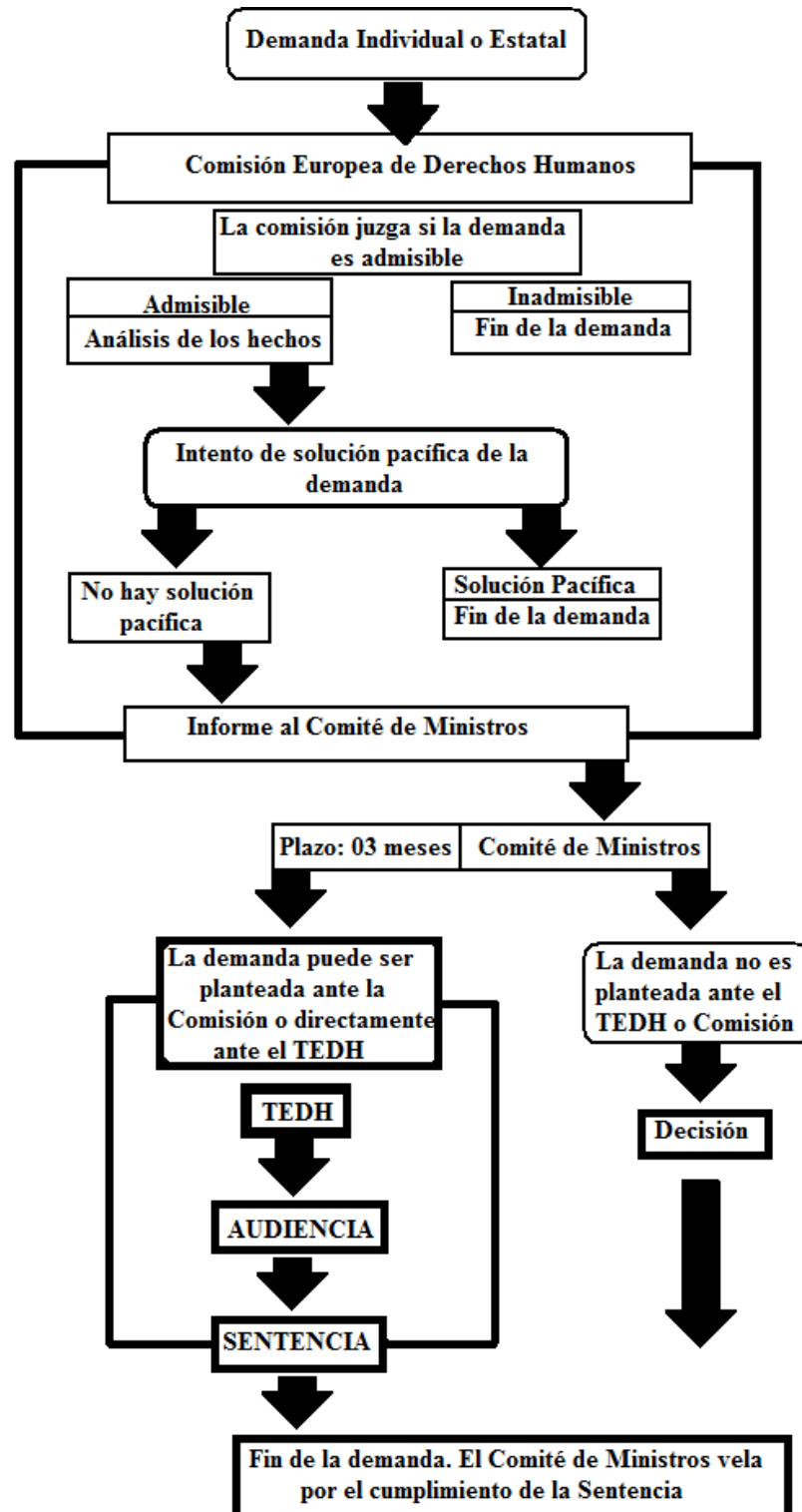
VALERO HEREDIA, Ana. *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad: Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del tribunal constitucional*. Universitat de Valencia, 2004.

VAN DERVORT, Thomas. *International Law and Organization*, London: Sage Publications, 1998.

VELASCO, Francisco. "Historia de las Religiones. Bibliografía General". *In*:  
<<http://webpages.ull.es/users/fradive/bibliohr.pdf>>.

YOUROW, Howard. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Springer, 1996.

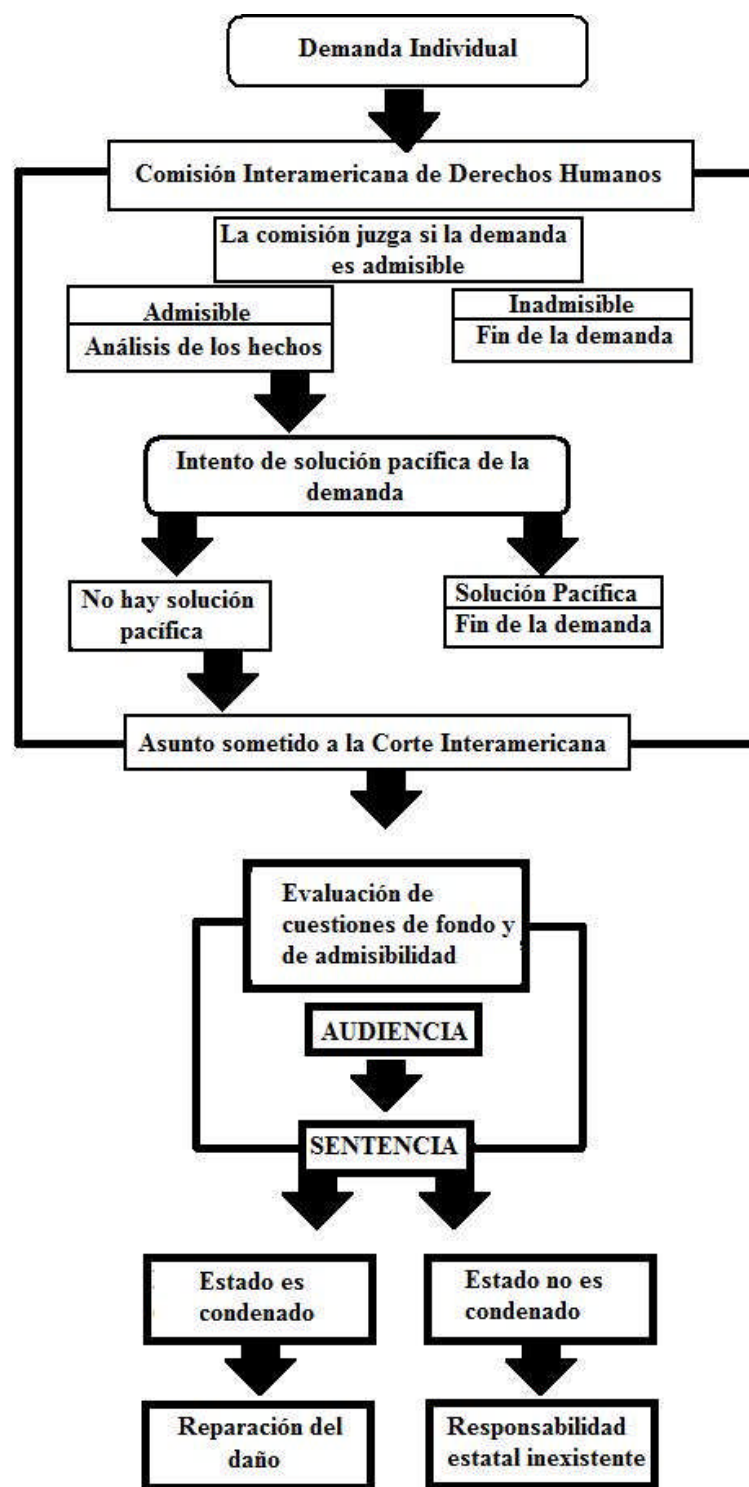
## ANEXO I - Esquema-Resumen del Funcionamiento del Sistema Europeo de Derechos Humanos hasta 1998\*



\* Tras la entrada en vigor del Protocolo nº 11 al Convenio en 1998, que prevé la supresión de la Comisión como *filtro* de las demandas, el procedimiento se ha judicializado, planteándose a partir de entonces todas las demandas directamente ante el Tribunal.

## ANEXO II – Esquema-Resumen del Funcionamiento del Sistema de Peticiones

### Individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos



### ANEXO III - Artículo "*Las tinieblas del error a propósito de la encíclica papal Esplendor de la verdad*"

*"La nueva encíclica de Juan Pablo II, "El Esplendor de la Verdad", trata las cuestiones fundamentales de la enseñanza moral católica. Quiere dar al fiel la respuesta a la pregunta planteada por un joven a Jesús en una parábola del Nuevo Testamento: "¿Qué he de hacer de bueno para conseguir la vida eterna?"<sup>758</sup>".*

*Lamentablemente, desde el punto de vista de las demás religiones y desde el punto de vista judío, el texto papal se apoya en dos tipos de afirmaciones:*

*1. La Iglesia católica se autoerige en única poseedora de la verdad divina y se arroga el "deber" de difundir su doctrina como la sola doctrina universal.*

*2. Proclama vivamente el cumplimiento de "la antigua" Alianza en la nueva, la superioridad de esta última, doctrina que prolonga "la enseñanza del desprecio" a los judíos, antiguamente denunciada por Jules Isaac como fundadora del antisemitismo.*

*Según Juan Pablo II, el oficio de interpretar auténticamente "la palabra de Dios, oral o escrita, ha sido encomendado sólo al Magisterio vivo de la Iglesia" que, en consecuencia, tiene el deber de declarar la incompatibilidad de tales afirmaciones teológicas, incluso "filosóficas, con la verdad revelada". Es la Iglesia católica la que tendría "una luz y una fuerza capaces de resolver incluso las cuestiones más discutidas y complejas".*

*Los no católicos son contemplados con condescendencia: "La Iglesia aprecia todo lo bueno y verdadero que hay en ellos, como una preparación al Evangelio".*

*Se afirma con igual arrogancia la superación del patrimonio judío.*

*La Ley, que la Iglesia llama "antigua" no es sino una prefiguración de la perfección cristiana. El Decálogo de Moisés es "promesa y signo de la alianza nueva". Jesús es el "nuevo Moisés". La Ley de Moisés no es sino "figura de la verdadera Ley", "imagen de la verdad". Moisés bajó del monte Sinaí llevando "tablas de piedra en sus manos". Los apóstoles llevaban "al Espíritu Santo en sus corazones". Las prescripciones dadas por Dios en la antigua alianza "llegan a su perfección en la nueva".*

*Ya que la Ley antigua es ineficiente. Tiene ciertamente un papel pedagógico. Pero la "justicia" que exige, no puede dársele a nadie: sólo la nueva Ley confiere la gracia, "no se contenta con decir lo que se debe hacer",*

---

<sup>758</sup> El presente artículo es concerniente al caso *Giniewski contra Francia* de 13-12-2000. Disponible en: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH\\_2006\\_12.rtf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/docencia/eclesia/TEDH_2006_12.rtf). Acceso en: 08 de enero de 2009.

*sino que otorga también la fuerza para “obrar la verdad”.*

*Se encuentran aquí las ideas ya desarrolladas en 1992 en el voluminoso “Catecismo de la Iglesia católica”. Y al igual que en este lamentable catecismo, también se disparan algunas flechas, según la tradición católica, a los parisinos. Se pide a los fieles una “gran vigilancia” para no dejarse ganar por la actitud farisaica, que consiste, en nuestro tiempo, en adaptar la norma moral a la capacidad y los intereses del individuo, es decir, a negar el concepto mismo de norma moral.*

*Hay que preguntarse cómo los católicos, cómo las autoridades religiosas católicas “encajarían” una agresión judía equivalente contra la nueva alianza.*

*Hay que preguntarse también cómo el Papa polaco estima compatible su encíclica con la exhortación de los “Diez puntos de Seelisberg”, y con la exigencia contemplada en la primera versión del esquema sobre los Judíos del Vaticano II, pidiendo a los cristianos no enseñar nada que vilipendie a los judíos y sus doctrinas.*

*Numerosos cristianos han reconocido que el anti-judaísmo escriturario y la “doctrina del cumplimiento” de la antigua por la nueva alianza, llevan al antisemitismo y han abonado el terreno en el que han germinado la idea y la realización de Auschwitz.*

*En 1993 la Santa Sede no lo ha tenido en cuenta. Para proclamar el esplendor de la verdad, se persevera en las tinieblas del error”.*

## ANEXO IV - CUADRO-RESUMEN DE LAS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LA ENSEÑANZA DE RELIGIÓN EN LAS ESCUELAS DE EUROPA

País	¿Tiene Religión en el Sistema educativo ?	Fundamento Legal	¿Obligatoriedad u opcionalidad?	¿Hay asignatura alternativa?	¿En qué tipo de escuelas?	Identidad escolar de la enseñanza de la Religión.
<b>Austria</b>	<b>Sí</b>	Ley Constitucional 1988 y 1995. Acuerdos de 1962	Obligatoria hasta los 14 años. Posible exención.	Moral cívica no confesional	Publicas y privadas	Confesional católica (84%), protestante, antigua, armenia-apostólica, greco-oriental, sirio-ortodoxa, metodistas, mormones, neoapostólica, islámica, israelita y budista. Mínimo tres alumnos para formar clase.
<b>Alemania</b>	<b>Sí</b>	Constitución de 1949 y 1990. Acuerdo con las Iglesias	Es una asignatura ordinaria del currículo  Obligatoria (con posible exención).	Filosofía, Ética, Valores, Normas y estudio libre.	En públicas y privadas. No en privadas no confesionales	Confesional: católica, evangélica, ortodoxa e israelita. Desde 2002 se trabaja para incluir la religión islámica
<b>Bélgica</b>	<b>Sí</b>	Constitución y Pacto Escolar de 1959	Libre elección	Moral cívica (no confesional).	Publicas y privadas	Confesional: católica (60%) y otras confesiones y religiones

<sup>759</sup> Para un mayor detenimiento sobre el tema: Informe "La asignatura de Religión en países europeos". In: <<http://d.scribd.com/docs/yc8nvji0nlkqbp48czk.pdf>>.



<b>País</b>	<b>¿Tiene Religión en el Sistema educativo ?</b>	<b>Fundamento Legal</b>	<b>¿Obligatoriedad u opcionalidad?</b>	<b>¿Hay asignatura alternativa?</b>	<b>¿En qué tipo de escuelas?</b>	<b>Identidad escolar de la enseñanza de la Religión.</b>
<b>Grecia</b>	<b>Sí</b>	Constitución de 1975	Obligatoria desde 3º de Primaria (aunque los alumnos de otras confesiones pueden pedir dispensa a petición de los padres)	No existe alternativa	Públicas y privadas	Confesional ortodoxa (97%), atendiendo la perspectiva histórico-cultural.
<b>Suecia</b>	<b>Sí</b>	Constitución de 1974	Obligatoria	No existe alternativa	Públicas y privadas	Atención a los valores y a otras religiones
<b>Finlandia</b>	<b>Sí</b>	Constitución. Ley de Libertad Religiosa. Leyes de Educación	Obligatoria (con posibilidad de exención)	Ética	Publicas y privadas	Confesional. Opción entre distintas confesiones. 40 religiones diferentes con derecho a recibir enseñanza religiosa. Bastan 3 estudiantes de Religión para la obligación de impartir enseñanza religiosa. Si no hay 3, asisten a Ética-Filosofía
<b>Holanda</b>	<b>Sí</b>	Constitución de 1983 y otras leyes	Libre en centros públicos, obligatoria en confesionales	Filosofía	Publicas y privadas	Confesional católica y religiones con Acuerdos estatales

<b>País</b>	<b>¿Tiene Religión en el Sistema educativo ?</b>	<b>Fundamento Legal</b>	<b>¿Obligatoriedad u opcionalidad?</b>	<b>¿Hay asignatura alternativa?</b>	<b>¿En qué tipo de escuelas?</b>	<b>Identidad escolar de la enseñanza de la Religión.</b>
<b>Italia</b>	<b>Sí</b>	Constitución de 1947 y Acuerdos de 1984	Libre elección	Asignatura de la actividad escolar	Publicas y privadas	Confesional. Opcional entre distintas confesiones
<b>Dinamarca</b>	<b>Sí</b>	Constitución de 1953	Obligatoria (con posibilidad de exención)	No existe alternativa	Publicas y privadas	Confesional: protestante.  Se atienden también otras confesiones y religiones
<b>Francia</b>	<b>No</b> (Sí en las regiones de Alsacia y Lorena)	Principio del Laicismo. Leyes de 1880, 1882 y 1905	Se imparte en las escuelas católicas (22% de la escuela francesa)	En centros privados se da estudio vigilado	Se imparte en las escuelas privadas	Atención catequética y pastoral en la escuela, fuera del horario escolar.  En horario escolar en centros privados (con perspectiva confesional católica).
<b>Portugal</b>	<b>Sí</b>	Constitución de 1976 y Decreto de 1998	Oferta obligatoria (libre elección para alumnos).	Formación personal y social	Públicas y privadas	Confesional. Opción entre distintas confesiones. Considerada como formación personal y social, en alternativa a esa asignatura.

<b>País</b>	<b>¿Tiene Religión en el Sistema educativo ?</b>	<b>Fundamento Legal</b>	<b>¿Obligatoriedad u opcionalidad?</b>	<b>¿Hay asignatura alternativa?</b>	<b>¿En qué tipo de escuelas?</b>	<b>Identidad escolar de la enseñanza de la Religión.</b>
<b>Croacia</b>	<b>Sí</b>	Leyes del Estado y Acuerdos con la Iglesia	Libre elección	Ética en la Secundaria	Públicas y privadas	Confesional: católica
<b>Noruega</b>	<b>Sí</b>	Leyes de educación (1997)	Obligatorio (con posibilidad de exención)	No existe alternativa	Públicas y privadas	Confesional atendiendo todas las religiones
<b>Polonia</b>	<b>Sí</b>	Leyes de educación y Acuerdos	Libre elección (con posibilidad de exención)	No existe alternativa	Públicas y privadas	Confesional: católica
<b>Suiza</b>	<b>Sí</b>	Ley estatal y regional	Obligatorio en algunas regiones; en otras, opcional	Ética y Historia de las religiones	Públicas y privadas	Aproximación a todas las religiones
<b>Irlanda</b>	<b>Sí</b>	Constitución de 1973 y Acuerdos	Libre elección	No existe alternativa	Públicas y privadas	Confesional católica. También otras confesiones (fuerte implantación escuelas católicas)

País	¿ Tiene Religión en el Sistema educativo ?	Fundamento Legal	¿ Obligatoriedad u opcionalidad?	¿ Hay asignatura alternativa?	¿ En qué tipo de escuelas?	Identidad escolar de la enseñanza de la Religión.
Bulgaria	Sí	Decreto del Ministerio de Educación de 1997	Libre elección	No existe alternativa	Públicas y privadas	Confesional: ortodoxa (85%). También la religión islámica
Luxemburgo	Sí	Constitución de 1868 (revisada en 1994).	Obligatoria (con petición de exención).	Educación moral y social.	En públicas y privadas	Confesional. Católica 90%